

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO  
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXIV

Noviembre 1948

Núm. 246

## El concepto moderno de modo de adquirir y sus repercusiones registrales en relación con la doctrina del título y el modo.

(NOTAS PARA UN ESTUDIO)

### I.—INTRODUCCIÓN.

El Programa para las Oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, publicado en los *Boletines Oficiales del Estado* de los días 14 al 25 de abril de 1948, en el tema 37 de los dedicados al Derecho Civil, plantea, en su última pregunta, un tema digno de preocupación, no solamente por parte de los opositores, debido a exigencias obligadas, sino de quienes sentimos una serie de inquietudes ante las renovaciones del Derecho Privado y, especialmente, en cuanto se refiere a los problemas de orden registral, tan de moda en estos tiempos.

Al llamar moda a este repentino resurgir de la literatura jurídica en cuanto a los problemas del Registro de la Propiedad, queremos comenzar poniendo de relieve lo que una moda puede significar en el campo de la investigación científica. En efecto: la necesidad de enfrentarse con nuevos métodos por considerar superados los anteriores, puede poner de moda esas mismas directrices metodológicas, en un país o grupo de países determinado. Algo parecido a lo que ha sucedido en nuestra Patria en estos últimos años con los problemas relativos al método jurídico, dando lugar a una producción excelente de trabajos de esta índole en los que destacan de manera singular las dos obras fundamen-

tales de nuestros queridísimos maestros José Castán (1) y Antonio Hernández-Gil (2).

Pero no es a esta moda a la que nosotros nos queremos referir al iniciar este trabajo, sino a lo que podríamos llamar *moda impuesta*, concepto que parece estar en contradicción si se tiene en cuenta que el primer vocablo de la palabra compuesta, como toda moda en realidad, parece responder al capricho y no a la necesidad a que responde siempre toda imposición.

Y fué el legislador quien comenzó por imponerla al someter nuestra legislación hipotecaria a una reforma, si no fundamental, si, al menos, de una considerable importancia, producto de la cual fueron: la promulgación del nuevo texto refundido de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 y su Reglamento de 14 de febrero de 1947. Y es también el propio legislador quien nos explica, en la Exposición de Motivos, el por qué de esta reforma (3) que coincide, como es natural, con el de todas las reformas en materias de esta índole, y que, en síntesis, es el siguiente: poner en consonancia la realidad jurídica (que es vida, sometida a ese constante evolucionar que lleva consigo) con el Derecho escrito (que es estático) y que si quiere ser tal es preciso que

(1) Como compendio de sus últimos trabajos, ver *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho. Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo*, Madrid, 1947, y *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho*, Madrid, 1947.

(2) En su fundamental *Metodología del Derecho. I. «Ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas»*, Madrid, 1945.

(3) Dice en la exposición de motivos «A los dieciséis lustros de la promulgación de la más fundamental de nuestras leyes hipotecarias, todavía se halla sin inscribir más del 60 por 100 de la propiedad; se ha iniciado una corriente desinscribitoria, y paulatinamente se retrocede, en amplios sectores de la vida nacional, a un régimen de clandestinidad, vencido en muchos países, y para cuya desaparición se dictó en nuestra patria una de las leyes «más científicas entre las nacionales».

»La reforma que ahora se introduce, corolario de atento e imparcial estudio, obedece al propósito inquebrantable de acometer con las mayores probabilidades de éxito la ya inaplazable solución que reclaman los problemas referidos, constantemente experimentados, y, además, con reiteración advertidos desde distintos y hasta opuestos campos.»

Los problemas a que se refiere el legislador son exactamente los mismos (de protección y seguridad del tráfico y garantía en la contratación) que inspiraron a los legisladores de 1861.

esté en consonancia con esa vida social, cuya regulación normativa constituye su único objeto.

No debe, pues, extrañarnos que el Programa de Registros, en el lugar referido, contenga un epígrafe que dice así: "Concepto moderno del modo", en el tema dedicado al estudio de los modos de adquirir el dominio y a la doctrina del título y el modo.

Nos hemos creído en el deber de hacer estas aclaraciones previas, dirigidas a quienes aferrados a unos principios, no por muy tradicionales, menos sujetos a evolución (como todo el Derecho), toman determinadas teorías, sin duda consagradas ya en nuestro Derecho (y que nadie discute), como la del título y el modo de adquirir, en defensa de posiciones, más o menos personales, que pretenden presentar con calidad de dogmas.

Estas posturas olvidan lo principal: la evolución jurídica que se manifiesta, tanto desde el punto de vista doctrinal como desde el jurisprudencial, que no se pueden divorciar en modo alguno, ya que, como escribe Bonnetcase (4), "Doctrina y jurisprudencia son dos hermanas gemelas, cuyos papeles respectivos crecen uniformemente en razón inversa de la ancianidad de la legislación".

Y no se olvide, por lo que concierne a la evolución de los modos de adquirir, que nos encontramos ante una de las materias que más profundas transformaciones ha experimentado debido, precisamente, a la constante mutación del tráfico jurídico cuyas necesidades, cada día más apremiantes, demandan nuevas formas y nuevas transformaciones.

Pero no adelantemos los acontecimientos y veamos la serie de consideraciones que nos sugiere el tema propuesto, comenzando por su evolución histórica, no sin antes advertir que *este trabajo se va a concretar al estudio de la tradición, en cuanto modo de adquirir, su relación con la teoría del título y el modo, y, desde luego, en relación únicamente con los problemas de orden registral.*

## II.—ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Se ha pretendido ver la evolución histórica de todo. Muchas veces tomada como tópico por quienes las utilizan como medio de sus investigaciones, cuando no deben utilizarse, por tratarse de instituciones

(4) *Elementos de Derecho civil*, versión castellana de Cajica (I.), Méjico, pág. 18.

de creación moderna. Otras, criticadas sin razón, a quienes la utilizan debidamente por referirse a instituciones que son productos de una formación histórica.

Por razones de índole general, expuestas ya por nosotros en otra ocasión (5), pero, sobre todo, por tratarse de la materia objeto de este trabajo, producto claro de una elaboración histórica, no muy precisamente delimitada, creemos que es imprescindible plantearla aunque sólo sea concretándola al máximo, en el tema de nuestro estudio y tratando sólo los *verdaderos antecedentes* en el Derecho español:

1. DERECHO ROMANO.—Prescindiendo aquí del estudio de los modos solemnes de adquisición del Derecho romano ("mancipatio", "in iure cessio", "adjudicatio" y "assignatio") (6), que no hace al caso, dada la finalidad de este trabajo, centremos nuestra atención en la "traditio", como prototipo de los modos derivativos de adquirir la propiedad y los derechos reales. Pero antes de ello no queremos dejar de anotar que en estos modos solemnes de transmisión, toda su eficacia constitutiva reside exclusivamente en su carácter eminentemente formalista.

Al surgir en la Historia del Derecho romano la "traditio", en el período clásico lo hace paulatinamente, coexistiendo con la "mancipatio" y la "in iure cessio", que cada vez van siendo menos practicadas (7).

La "traditio" es un "modo natural de transferir el derecho sobre toda clase de cosas, muebles e inmuebles, por el consentimiento y la entrega o entrada del adquirente en la posesión del "tradens" (D. Jerónimo González) (8).

Mediante la "traditio", el "tradens" se desprendía, desapoderaba o desinvertía del poder o señorío de la cosa transferida, y lo atribuía, invertía o incorporaba a la persona del "accipiens".

En la "traditio", existía un "corpus" y un "animus". Aquél era el acto material de la entrega de posesión. Este era el "ánimus transferen-

(5) Ver nuestra *Introducción al Derecho registral*, Madrid, 1947, páginas 47 a 52.

(6) Una síntesis y abundante bibliografía acerca de esta materia se encuentra en nuestra *Introducción...*, cit., págs. 52 y sigs.

(7) Ver Marín: op. cit., pág. 59.

(8) «La tradición de fincas en los instrumentos públicos», conferencia, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, I, Madrid, 1945, página 17.

di et accipiendo dominii". En rigor, la "traditio" constituía un negocio de disposición.

Este "animus", con todo, no era preciso que fuese formalmente expresado estando más bien implícito e incrustado en el "corpus". Además, con el tiempo, el "corpus" fué inmaterializándose mediante las formas de "traditio ficta", simbólica ("brevi manu", "longa manu", "Constitutum possessorium", etc.). Pero siempre la "traditio" subsistía como un complejo de entrega material unida a un "animus" de transferencia (9).

Damos por supuesto, en aras a la brevedad, el concepto de "causa" de la tradición. Lo que nos interesa precisar aquí es el fijar si era necesario o no que figurase esta *causa* para que la transmisión se operase.

Dos textos fundamentales se citan cotidianamente para demostrar la necesidad de que la *causa* conste ínsita en el negocio de disposición que la "traditio" supone. Textos que más tarde habrían de servir de pilar básico a los decididos partidarios de la teoría del título y el modo:

1.º "Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur" ("El dominio de las cosas se transfiere por tradición y usucapión, no por los simples pactos") (10).

2.º "Nunquam nuda traditio transfert dominium, set ita, si venditio, aut aliqua iusta causa praecesserit [propter quam traditio sequeretur]". ("La simple tradición nunca transfiere el dominio, a no ser que le preceda una venta o cualquier otra causa justa [por la cual se realizaría la tradición]") (11).

No vamos a detenernos en el análisis detenido de estos textos, hecho ya, con inigualable maestría, por el inolvidable maestro D. Jerónimo González (12).

Por el contrario, existen otros textos que, por cierto, los acérrimos defensores de la teoría del título y el modo se guardan muy bien de citar, en los que la exigencia de la *causa* de la tradición no aparece por ninguna parte. Veámoslo:

(9) Cfr. Roca Sastre: *Instituciones de Derecho hipotecario*, 2.ª edición, I, Barcelona, 1945, pág. 425.

(10) Cod. 2, 3, 20.

(11) Dig. 41, 1, 31. Sobre la interpolación de lo señalado entre paréntesis, cfr. Lange: *Das Kausale Element in Tatbestand der klassischen Eigentumstradition*, 1930, pág. 5.

(12) *Principios hipotecarios*, Madrid, 1931, págs. 22 y sigs.

1.º “Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam coniunctum est naturali aequitati quam uoluntatem domini uolentis rem suam in alium transferre ratam habere”. (“Estas cosas que se hacen nuestras por tradición, son adquiridas por nosotros por virtud del derecho de gentes, pues nada hay tan conforme a la equidad natural como dar por válida la voluntad de un propietario que quiere transmitir su cosa a otra persona”) (13).

2.º “In omnibus rebus quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ex venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perducitur ad effectum id quod inchoatur non potest”. (“En todos los actos que transfieren el dominio conviene que concurre el consentimiento de ambos contratantes, pues si se contrató por venta, donación, arrendamiento o por cualquier otra causa, a no ser que consienta la voluntad de uno y otro, no logra su efecto aquello que uno puede ser inchoado”) (14).

Este texto, desde luego, es mucho menos fuerte que el anterior a los efectos probatorios.

3.º El citado en primer lugar por los partidarios de la doctrina del título y el modo y al que ya nos hemos referido (“traditionibus et usucapionibus”, etc.).

Nos limitamos simplemente a transcribir los textos: veamos ahora sus consecuencias.

2. CONSECUENCIAS.—No se crea que por alegar los textos citados pretendemos nosotros deducir que se trata de una admisión del negocio jurídico abstracto en la tradición romana, como ya apuntó Savigny (15) y desarrolló la técnica conceptual alemana, entendiendo por

(13) Dig. 41, 1, 9, 3 (Gayo, I, II, de *rerum cottidianarum*). Este texto fué recogido, en parte, por Justiniano en sus *Instituciones*: «Per traditionem quoque iure naturali rei nobis adquiruntur: nihil», etc. La *Paráfrasis* de Teófilo a estas últimas parece confirmar la tesis, ya que entre los requisitos que estima necesarios para la transmisión de propiedad por *traditio* no incluye la *iusta causa*. (Cfr. Ursicino Alvarez Suárez: *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945, pág. 28.)

(14) Dig. 44, 7, 55, texto profundamente interpolado. (Cfr. Ursicino Alvarez Suárez: op. cit., pág. 29.)

(15) Cfr. Felgentraeger: «Friedrich Karl von Savigny Einfluss auf die Uebereinstimmungslehre» (*Abhandlungen der Rechts- und Staatsw. Fakultät der*

negocio abstracto el que configuraron ellos y recogió más tarde el Código civil alemán; no. Creemos que está suficientemente demostrado, como escribe el ilustre maestro profesor Ursicino Alvarez Suárez, que "en la vida jurídica toda transmisión de propiedad tiene una causa que la justifica y legitima, sea cual fuere el acto traslativo concreto mediante el cual se realice la transmisión. El problema está en fijar cómo juega esta *causa de la transmisión* con el acto concreto mediante el cual la transmisión ha de tener lugar" (16).

No creemos que, pese a los antecedentes alegados que sirven de fundamento a Savigny (17) para considerarlos como del negocio abstracto en Derecho romano, se pueda ver en ellos una verdadera abstracción de la misma naturaleza que la que se reflejará más tarde en el Código civil alemán, al regular la figura.

Para ello, y dando por supuesto el concepto de abstracción en relación con la teoría de la causa, creemos se pueden distinguir, dentro de ella, los siguientes supuestos:

a) *Abstracción sustantiva absoluta*, en la que la *causa* no es preciso que figure en modo alguno y en la que podríamos encuadrar perfectamente como tipo único el *negocio jurídico sin causa*. Esta no puede influir para nada ni en la contextura interna ni en la vida del negocio. Es la del Derecho romano de la "mancipatio", "in iure cessio", etc., en que la causa queda totalmente borrada y embebida dentro del más riguroso formalismo, al que se subordina todo.

b) *Abstracción sustantiva relativa*, en la que la causa existe, aunque fuera del negocio jurídico y sólo será cognoscible de quienes, con la cualidad de terceros, impugnen el negocio jurídico basándose en la ilicitud, falsedad o inexistencia de la causa, cuya impugnación llevará consigo el considerar el negocio jurídico celebrado como inexistente.

c) *Abstracción procesal* (18) *absoluta*, en la que, prescindiendo

Univ. Göttingen, 3, 1927), donde se resume, en síntesis perfecta, todo el pensamiento de Savigny a este respecto.

(16) Ver Ursicino Alvarez: op. cit., pág. 37.

(17) En el trabajo de Felgentraeger, citado, se recogen una serie de lecciones sobre *Recht des Besitzes* (1803) de Savigny, sobre los que éste estimó antecedentes de la teoría del título y el modo.

(18) No se crea que al contraponer los conceptos *sustantivo* y *procesal* queremos tomar partido a favor de alguno de los bandos constituidos en torno a la naturaleza jurídica del Derecho procesal. Tan sólo a los efectos

en absoluto del papel que la causa juega desde el punto de vista del Derecho civil puro se presume "iuret et de iure", que el negocio jurídico se ha realizado, aunque no exista la causa o ésta no sea aparente, imposibilitando a quien alega en juicio cualquier circunstancia de relevancia decisiva para la validez del negocio, basada en la causa, que prospere su alegación. Es la que, a nuestro juicio, se da en el negocio jurídico abstracto de tipo alemán y que, con las debidas reservas y precauciones, como veremos más adelante, se puede ver en el tercero protegido por la fe pública registral, siempre que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

En esta clase de abstracción, el negocio jurídico, en sí, es inatacable. Pero si se prueba la inexistencia o ilicitud de causa por la parte perjudicada, puede dar lugar, en determinados casos, a una indemnización de daños y perjuicios, ejercitable ya en Derecho romano, por la vía de la "conditio".

Y esta abstracción de orden procesal absoluto sí que creemos que se dió en el Derecho romano de la "traditio" y que se puede deducir fácilmente de los textos citados en segundo lugar.

d) *Abstracción procesal relativa*, por la que se confiere a quien alega un derecho en juicio, una presunción "iuris tantum" de que el derecho existe y pertenece a su titular. Es, en definitiva, la protección al titular registral que consagra la Ley Hipotecaria en los artículos 38 y 41 y demás concordantes.

El otro elemento indispensable para que la tradición se realice es la toma de posesión que, prescindiendo aquí de su naturaleza jurídica, es lo cierto que era lo exteriorizante, lo que "erga omnes" acreditaba ante todos que la transmisión se había consumado.

Prescindimos aquí, deliberadamente, de la multitud de formas en que la tradición y, como consecuencia, la toma de posesión se realizaba. Pero sí queremos hacer notar un fenómeno que nos servirá de base para ulteriores conjeturas acerca de la evolución de los modos de adquirir. Se trata de buscar la razón de esta evolución, que comienza con el más riguroso formalismo ("mancipatio", "in iure cessio", etc.), para, siguiendo con la tradición real, acabar en la tradición ficticia y en el "constitutum possessorium" en que apenas pueden atisbarse vestigios de entrega real.

de distinguir de alguna forma lo puramente civil de lo procesal utilizamos las denominaciones apuntadas.

¿A qué obedece esta evolución. qué lleva consigo transformaciones tan notables? Creemos que se puede afirmar con gran fundamento que no tiene otra causa que el desarrollo constante y en aumento que, a través de los diversos momentos de la historia jurídica, se ha dejado sentir en el *tráfico jurídico*, que, a medida que ha ido evolucionando económicamente ha planteado nuevas necesidades, y, como consecuencia, ha demandado nuevas formas de regulación.

Pretender buscar en el Derecho romano antecedentes del Registro de la Propiedad a los efectos de encontrar en la inscripción un sustitutivo de la tradición, resultaría en extremo pueril, ya que el Registro de la Propiedad, con sus efectos legitimadores, es decir, con los caracteres de una institución jurídica propiamente dicha, no surge en la historia jurídica hasta que la realidad del tráfico no reclama sus exigencias. Y, aunque como ya afirmamos en otra ocasión (19), el Registro de la Propiedad es una invención germánica, éste surgió respondiendo a una verdadera e inaplazable necesidad: la de dotar de seguridad las transformaciones del tráfico, habiendo podido surgir lo mismo en Colonia que en cualquier otra parte del mundo (20).

(19) Cfr. nuestra *Introducción al Derecho registral*, cit., págs. 72 y sigs., ya que, pese a los numerosos antecedentes en el Derecho romano y aun en los Derechos más antiguos (ver a este respecto Cammarota: *Tratado de Derecho hipotecario*, Buenos Aires, 1942, págs. 19 y sigs.), éstos no se refieren en modo alguno a la consideración institucional de la publicidad registral. (Cfr. J. González: *Estudios de Derecho hipotecario*, Madrid, 1924, páginas 93 y sigs., a propósito de los antecedentes romanos en España, concretados exclusivamente a los gravámenes.)

(20) Ver, sobre esta necesidad, nuestra *Introducción...*, cit., págs. 72 a 81. No es argumento para quienes pretenden basar en la falta de antecedentes registrales en Derecho romano el que a éste le fuese totalmente ajeno, y, como consecuencia, el que nuestra legislación civil, de indudable fondo romano, no captara bien la regulación registral en su sentido técnico, de indudable procedencia germánica. Sabido es que el Derecho romano se caracterizó en su formación por un aspecto eminentemente práctico, enemigo, por tanto, de la construcción de conceptos innecesarios. Cuando la vida práctica demandaba la solución de un caso concreto que se daba en la realidad, entonces el Derecho, simplemente, se limitaba a regularla. De este modo, que podríamos llamar espontáneo, surgen en el Derecho romano multitud de regulaciones jurídicas. Sirvanos de ejemplo, entre otros muchos, el de los interdictos posesorios, que no aparecen en la vida jurídica romana hasta que el pretor, que vivió la serie de situaciones que el estado de hecho de la posesión venía provocando, sintió la necesidad de regularlos, y los re-

### III.—DE LA TRADICIÓN, A LA DOCTRINA DEL TÍTULO Y EL MODO.

Vamos a examinar ahora cómo, a nuestro juicio, se llega de la "traditio" a la teoría del título y el modo, teniendo en cuenta que esta evolución no se puede comprender perfectamente, limitándose a un exclusivo y escueto examen de fuentes y textos, puesto que, a nuestro entender, laten en el fondo de la cuestión una serie de factores de la más diversa índole (económicos, jurídicos y sociales), que es preciso conjuntar si se quiere obtener una visión global del problema.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO AL POR QUÉ SE PRESCINDE DE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS GERMÁNICOS.—Por tratarse en estas páginas de un trabajo dedicado a plantear una serie de sugerencias en torno a lo que se debe entender hoy, por modo derivativo de adquirir, en relación con el Registro de la Propiedad en España, pese a su extraordinario interés, creemos que debemos prescindir en absoluto de los antiguos antecedentes germánicos a este respecto por dos razones fundamentales:

1.<sup>a</sup> Por estar convencidos que, pese a la adopción por el Código civil austríaco de la doctrina del título y el modo de adquirir, así como por el Código civil suizo, estas legislaciones llegaron a ella por caminos distintos de los nuestros, ya que creemos que nuestros legisladores de 1889 se dejaron llevar de la influencia de las Partidas que, aunque inspiradas fundamentalmente en el Derecho romano justinianeo, no se debe olvidar la decisiva influencia que tuvieron en su redacción las obras de los glosadores y romanistas y los "Libri feudorum" (21). El viejo Derecho castellano, de fondo más o menos germánico, se toma en cuenta en muy escasa medida (22). Y, como más adelante veremos, fué un vestigio de respeto a la tradición consagrada en las Partidas, por una parte, y una gran influencia de patrones extran-

guló haciendo uso de aquel su poder creador, tan fecundo y maravilloso en multitud de ocasiones. (Ver a este respecto nuestro trabajo «Sobre la naturaleza jurídica de la posesión en el Derecho español. Notas para un estudio». Edición separada de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1943, págs. 9 y sigs.)

(21) Cfr. Galo Sánchez: *Curso de Historia del Derecho*, edición de Reus de 1940, pág. 119, y García Gallo: *Curso de Historia del Derecho español*, I, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1947, pág. 260.

(22) Cfr. García Gallo: loc. cit.

jeros en la historia de nuestra codificación civil, por otra, las que, a nuestro juicio, dieron carta de naturaleza en el Código civil a la doctrina del título y el modo.

Todo ello, más la concreción a un artículo de revista, nos hace prescindir de los antecedentes germánicos, a los fines propuestos, que por muy sugestivos que sean, y a pesar de haberlos tratado ya en otra ocasión (23), creemos sinceramente que no fueron tenidos en cuenta por nuestros legisladores de 1889 para redactar el Código civil.

2.<sup>a</sup> Que si bien la Ley Hipotecaria de 1861 fué en su casi totalidad de inspiración germánica, como tenemos ya demostrado en otra ocasión (24), esta inspiración se recibe ya directamente procedente de las orientaciones puramente registrales germánicas, tal vez con olvido casi absoluto, por parte de sus redactores, de que existía una doctrina del título y el modo y, desde luego, sin darle en ningún momento ese valor casi sacramental que se le pretende dar en la actualidad. Argumento relevante, sin duda alguna, para, quienes como nosotros, consideran tan poco arraigada históricamente en el Derecho español, en el momento de la Codificación, la doctrina del título y el modo, como hoy lo pueda estar, verbigracia, el contrato abstracto de la técnica alemana, como tendremos ocasión de ver más adelante.

2. CAMINO POR EL QUE SE LLEGA A LA DOCTRINA DEL TÍTULO Y EL MODO.—La cuestión en torno a si la "traditio" romana fué un acto abstracto o causal, divide a los autores al enfrentarse con los textos ya citados antes, siendo la bibliografía, a estos efectos, francamente abrumadora (25).

Entre nosotros, el Profesor Serrano y Serrano (26) estima, dentro

(23) Cfr. Marín: loc. cit., donde el lector encontrará abundante bibliografía a este respecto.

(24) Marín: op. cit., págs. 127 y sigs.

(25) Entre otros, pueden verse: Alvarez Suárez: op. cit., págs. 31 y sigs.; Arias Ramos: *Derecho romano*, 1.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1940, I, pág. 273; Ehrhardt: *Iusta causa traditionis. Ein Untersuchung über den Erwerb des Eigentums, nach römischem Recht*, Berlin y Leipzig, 1930; Lange: loc. cit.; Monier: «Le malentendu sur la causa traditionis», en *Studi in onore di Bonfante*, III, 1930, págs. 217 y sig.; Riccobono: «Traditio ficta», en *Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte romanistische Abteilung*, Weimar, 1912, 33, y 1913, 34.

(26) Serrano (Ignacio): «Iusta causa traditionis», en *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, años 1934, págs. 805 y sigs., y 1935, págs. 332 a 334.

de la tesis que se inclina por la abstracción, que "*iusta causa traditionis* es el acuerdo de voluntades (D. 41, 1, 36) de dar y recibir una cosa o un derecho real, de lo que lo más importante es la voluntad de dar (Inst. II, 1, 40) y que ordinariamente se incorpora a un contrato u *obligatio* (Gayo II, par. 20), sin valor constitutivo de la tradición, y cuya falta es meramente impeditiva (con lo que se la distingue de la *causa usucapionis*, en la que concurren los caracteres opuestos) y que no esté incurso en una prohibición legal".

Jörs-Kundel (27) creen que la "traditio", causal en la época clásica, fué abstracta en el Derecho justiniano-bizantino. Esta es también la opinión del maestro español Profesor Ursicino Alvarez (28).

¿Cómo se llega, pues, de esta situación a la doctrina del título y el modo? Pues, simplemente, por el camino de lo que tanto critican sus más decididos defensores actuales: por la abstracción de glosadores y comentaristas, que no hacen otra cosa más que descomponer los dos elementos de la "traditio" ("corpus" y "animus") incrustados en un mismo concepto, en dos conceptos diferentes: modo = "corpus" y título = "animus", que siglos más tarde un brillante resurgir de la técnica notarial se encargará de asentar en los más sólidos pilares la teoría.

No vamos a detallar esta evolución por evitar al lector repeticiones innecesarias de lo que no se puede comparar con nada: el magnífico e insuperable estudio de D. Jerónimo González (29), a donde remitimos al lector, tanto para que comprenda la evolución como para un magnífico acopio de bibliografía que allí encontrará (30).

3. INFLUENCIAS DE ORDEN SOCIAL Y ECONÓMICO A QUE RESPONDE LA DOCTRINA Y SUS CONSECUENCIAS.—Creemos que es preciso penetrar más en lo íntimo de toda esta transformación fijándose mejor en la serie de circunstancias de orden económico y social, que rodean la formación de la doctrina del título y el modo, puesto que no conviene olvidar ni un momento, como ya apuntamos al principio, que el

(27) *Derecho privado romano*, versión española del Prof. Prieto Castro, 1937, págs. 181 y sigs.

(28) Op. cit., págs. 17 a 42.

(29) *Principios hipotecarios*, Madrid, 1931, págs. 21 y sigs.

(30) Más recientemente, se pueden encontrar interesantes datos en el magnífico trabajo del Prof. D. Espín «La transmisión de inmuebles en el Derecho español», en *Revista de Derecho Privado*, año 1945, págs. 349 y sigs.

Derecho es vida y que no suele surgir por generación espontánea, sino por necesidades cuya resolución la demanda esa vida social y económica.

A este respecto conviene no olvidar la influencia, no pequeña, del Derecho feudal en España, tan íntimamente ligado con la doctrina del *título y el modo*, como ya puso de relieve, con singular maestría, don Jerónimo González (31).

Como ya hemos escrito en otra ocasión (32), con el establecimiento del orden feudal, una nueva forma de propiedad: la feudal, se sobrepuso a la propiedad libre que, si no pudo eclipsarse, pasó a segundo lugar. La falta de una protección eficaz del Estado y el afán de escapar a las cargas públicas, difundió el sistema de ceder los propios bienes a la Iglesia, a los monasterios y a los particulares, con la condición de recuperar el usufructo por largo tiempo y la seguridad de gozar del mismo (33).

A estas concesiones privadas se agregaron otras, otorgadas por los reyes a sus partidarios y fieles, con el mismo carácter de usufructo vinculado a ciertas prestaciones.

La propiedad feudal, que la anarquía de los tiempos hizo necesaria, tenía un carácter contractual, se perfeccionaba mediante la *investidura* y engendraba relaciones reales y personales (34).

Con respecto a la *cosa feudal*, los derechos del señor se resumían en el *dominio directo*; los del vasallo, en el *dominio útil*: *ius omnem ex feudo percipiendi utilitatem* (derecho de percibir toda la utilidad del feudo). El poder del señor, por naturaleza soberano, vino a unirse de tal manera con la propiedad, que casi parecía que donde se hallara una tierra feudal allí existiera también la soberanía. Los elementos políticos, prevalecientes del antiguo feudo, fueron atenuándose con el tiempo en virtud de una amplia infiltración de elementos de Derecho privado, hasta que el feudo se aproximó a una institución patrimonial cuyo fundamento era la posesión y el goce de la tierra (35).

Y mientras el concepto de la propiedad se empobrece, se consoli-

(31) *Principios*, cit., pag. 28.

(32) Cfr. nuestra *Introducción...*, cit., págs. 110 a 113.

(33) Ver Solari: *Filosofía del Derecho privado*. I. «La idea individual» (versión castellana de *Individualismo e Diritto privato*), Buenos Aires, 1946, página 63.

(34) *Idem*.

(35) Ver Schupfer: *Il Diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*. II. «Possessi e domini», Roma, 1907, págs. 198 y sigs.

dan, en cambio, los derechos de los usuarios y locatorios a largo plazo, y otros derechos, igualmente amplios, aunque diversos en su índole y grado, coexisten sobre el mismo objeto, engendrando distinciones totalmente desconocidas en el Derecho romano, como, por ejemplo, aquella tan fecunda en consecuencias teóricas y prácticas, entre el dominio directo y el dominio útil (36).

Todos aquellos derechos que la jurisprudencia romana había concebido como *iura in re aliena*, antes que considerarse como simples limitaciones del derecho de propiedad ajena, adquieren una fisonomía propia e individual hasta asumir, algunas veces, el aspecto de un derecho de propiedad limitada, afirmándose como potestad de goce total o parcial sobre la cosa (37).

El derecho feudal da lugar al nacimiento de un sinnúmero de derechos reales y de tipos híbridos como el *ius ad rem*, que no harán más que entorpecer el desarrollo de los sistemas registrales en aquellos países que, como el nuestro, no logran evadirse de su influencia (38).

Mientras en Alemania se logra desterrar esta influencia, gracias a lo cual se llega a la construcción de un sistema registral sin violencias de ningún género, no sucede así en otros países, entre los cuales está España, donde el paralelismo con la situación germánica es evidente, como ya puso de relieve Wohlhaupter (39), no existiendo, por tanto, razones para que las hubiera.

Ni la finalidad de este trabajo ni la limitada extensión que forzosamente debe darse a un artículo de revista, permiten hacer un coitejo de textos que, sin duda alguna, nos demostraría plenamente el origen feudal a través de las Partidas de la doctrina del título y el modo. No olvidemos la gran influencia que los "Libri feudorum" tuvieron en su redacción, así como en la de las "Costums de Tortosa", (Lib. III, cóst. V, rub. "De revindicatione", y Lib. VIII, cost. VI, rub. "De donationibus") (40).

(36) Ver Solari: op. cit., pág. 64.

(37) Ver Solmi: *Storia del Diritto italiano*, Milán, 1930, párrafo 67.

(38) Cfr. J. González: loc. cit.

(39) «Las Corporaciones parroquiales en España y su paralelismo con instituciones alemanas», en *Investigación y Progreso*, año V, Madrid, 1931, páginas 51 y sigs.

(40) Cfr. Galo Sánchez: loc. cit.; García Gallo: loc. cit., y, sobre todo, Riaza: «Las Partidas y los "Libri feudorum"», en *Anuario de Historia del*

Después de lo que llevamos escrito, meditemos acerca de este valor casi sacramental que, en el orden histórico, se quiere atribuir a la doctrina del título y el modo, hija de unas circunstancias económicas y de una vida social ya completamente superada cuando se comienza a pensar en la Codificación en España.

Creemos que una de las cualidades esenciales de todo jurista que pretenda enfrentarse con la investigación o el estudio de cualquier institución, ha de ser la de saber contemplar el panorama histórico en que nace y se desenvuelve sin olvidar que también desaparece cuando resulta ineficaz ante las necesidades de la realidad.

No se crea por esto que nosotros tratamos de propugnar la sustitución de la doctrina del título y el modo por otras que tal vez resultasen aún más extrañas al desenvolvimiento histórico y a nuestra tradición jurídica; no. La consecuencia que nosotros sacamos, después de las consideraciones apuntadas, es la de la falta de tradición jurídica continuada de una doctrina que una parte considerable de nuestros tratadistas juzga intocable, amparándose en el tópico de un respeto a la tradición que no se ve, y que, por lo tanto, con mayor motivo se podrá pensar, si no en su sustitución, sí en su *modernización* y adaptabilidad a una serie de exigencias económicas, planteadas al Derecho español moderno, que no pudieron prever, sin duda alguna, los que propugnaron su implantación.

Pero no nos precipitemos y veamos antes, a la luz de la crítica, nuestros preliminares codificadores y el pensamiento de sus inspiradores.

#### IV. LA DOCTRINA DEL TÍTULO Y EL MODO EN LA CODIFICACIÓN CIVIL ESPAÑOLA.

Antes de comenzar el análisis de nuestra codificación civil, a los efectos de nuestro trabajo, partamos de la base de que nuestro legislador, al plantearse el problema de la codificación, se encontró, en lo relativo al tema de nuestro estudio, frente a los siguientes sistemas:

- a) *El alemán*, conocido por nuestros hipotecaristas de tipo re-

gistrar, como ya ponen de relieve los primeros redactores de la Ley Hipotecaria de 1861, con todas sus consecuencias (41).

b) *El austriaco* que, recogiendo en toda su pureza la doctrina del título y el modo de adquirir en el párrafo 380 del Código civil de 1 de junio de 1811, se aparta a estos efectos del tradicional Derecho germánico.

c) *El francés*, de transmisión causal, sin necesidad de tradición, plasmado en los artículos 711, 1.138, 1.582, 1.583 y otros del Código napoleónico.

Esta doctrina es también la contenida en los artículos 1.125 y concordantes del Código italiano de 25 de junio de 1865 (42).

Partiendo de la base de la gran influencia que estos Códigos ejercen en toda la historia de nuestra codificación, pasemos al estudio de ésta.

1. LIGERA REFERENCIA A LOS PRECEDENTES DEL CÓDIGO CIVIL A ESTOS EFECTOS.—Nos limitaremos a señalar aquí los precedentes que, sin duda alguna, tuvieron que tener más en cuenta nuestros codificadores, pese a la gran influencia, ya apuntada, de Códigos extranjeros.

a) *Precedentes inmediatos*.—Los siguientes textos de las Partidas:

Primero "Apoderan unos omes a otros en sus cosas, vendiendogelas, o dandogelas en dote, o en otra manera, o cambiandolas, o por alguna otra derecha razón. E por ende decimos, que por tal apoderamiento como este que faga un ome a otro de su cosa, o que faga otro alguno por su mandado, que passa el señorío de la cosa, a aquel a quien apoderasse della " (43).

Segundo. "cuydando en su voluntad que por aquello que le dava, que yría con él en algund camino, o que le faría otra cosa algu-

(41) Ver, a estos efectos, nuestra *Introducción al Derecho registral*, cit., páginas 127 y sigs.

(42) Para no incurrir en repeticiones innecesarias, renunciemos a trazar el estudio de estos sistemas, tan trabajados ya por otros autores de gran prestigio. Resúmenes perfectos los puede encontrar el lector en Castán: *Derecho civil*, «Registros»; I, Madrid, 1941, págs. 400 y sigs.; Roca Sastre: *Instituciones...*, cit., I, págs. 429 y sigs., y, sobre todo, el estudio fundamental de D. Jerónimo González en *Estudios de Derecho Hipotecario*, ya citados, en los que toda la obra está dedicada al estudio completo de los sistemas.

(43) Ley 46, tit. XXVIII, Part. III.

na, o que sería más su amigo, non diciendo señaladamente la razón por que gelos dava" (44).

En el extracto latino del primero de los textos, hecho por Gregorio López, se emplea ya el tecnicismo discutido, consignando que se adquiere el dominio por la tradición de la cosa en virtud de título hábil ("Acquiritur dominium traditione ex titulo habili") (45).

Nuestros gloriosos juristas del Siglo de Oro, Domingo de Soto y Luis de Molina, por influencia decisiva de las Partidas, consagran la doctrina del título y el modo (46).

A partir de entonces, nuestros juristas aceptan, con rara unanimidad, la transmisión causal. Domingo de Morato (47), Febrero y sus continuadores, escriben: "En toda adquisición concurrirán título y modo o, lo que es lo mismo, la causa legítima en virtud de la cual se adquiere, y el acto material de la entrega. El uno no basta sin el otro. Se exceptúan, porque no hay necesidad de tradición, la hipoteca, las servidumbres negativas, las adjudicaciones hechas en los juicios divisorios y la herencia" (48). En este mismo sentido, Gómez de la Serna y Montalbán (49).

b) *Proyecto de Código civil de 1851* (50).—Por R. D. de 19 de agosto de 1843 se crea la Comisión general de Códigos, compuesta por 17 de entre nuestros más ilustres juristas. El 25 de octubre del mismo año, D. Claudio Antón de Luzuriaga propuso el estableci-

(44) De la Ley 46, tít. XIV, Part. V.

(45) Cfr. J. González: *Principios...*, cit., págs. 74-75.

(46) Libro I, tratado II, disputation III, cuestiones 17 y sigs. (Luis de Molina: *Los seis libros de la Justicia y el Derecho*. Traducción, estudio preliminar y notas de Fraga Iribarne, y Proemio de D. Eloy Montero, I, primero, Madrid, 1941, págs. 218 y sigs.)

(47) *El Derecho civil español con las concordancias del romano*, I, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, pág. 285.

(48) *Febrero, o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, por García Goyena y Aguirre, I, núm. 729.

(49) *Elementos de Derecho civil y penal de España*, 10.<sup>a</sup> edición, I, Madrid, 1871, pág. 740.

(50) Renunciamos a tratar de las Reales Pragmáticas de 1423, 1558, 1713 y 1768, porque, como ya hemos escrito en otra ocasión (ver nuestra *Introducción al Derecho registral*, cit., págs. 120 y sigs.), no las consideramos verdaderos precedentes de nuestro sistema registral, puesto que lo que en estas disposiciones palpita de un modo más destacado es su origen eminentemente fiscal.

miento en España de la *inscripción registral constitutiva* para toda clase de creaciones y transmisiones de derechos reales sobre inmuebles.

El proyecto fué aprobado por la Comisión en la sesión de 5 de diciembre en esta forma: "Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser preciso asimismo la toma de razón de bienes raíces en el Registro Público" (51).

*Si nos fijamos bien en el tenor literal de esta base, veremos que viene a implantar, adelantándose en sesenta y cuatro años exactamente, la misma doctrina que consagrará el Código civil suizo de 10 de diciembre de 1907 y la Ordenanza del Registro de 22 de febrero de 1910*

Dato es éste extraordinariamente interesante, ya que nos permite poder vanagloriarnos legítimamente, como españoles, de que nuestros juristas fuesen precursores de la legislación registral más perfecta del mundo.

Disuelta la Comisión en 1846 y reorganizada el mismo año, en la sesión de 21 de octubre, discutió si el dominio de las cosas debía transferirse con la entrega de ellas o desde que se perfeccionaba el contrato obligacional. Luzuriaga insistió en su famosa base 52, mientras que García Goyena defendió el sistema consensual francés. Bravo Murillo propuso un criterio transaccional, fruto del cual fué la nueva redacción de la célebre base 52 en la forma siguiente: "Para que produzcan efecto en cuanto a tercero los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro Público. No se reconocerá acción hipotecaria ni otras cargas que limiten o modifiquen la propiedad sino sobre finca o fincas determinadas, y en virtud de toma de razón en el Registro."

Según el anteproyecto de Luzuriaga (52), en caso de doble venta era preferido en la propiedad de la cosa el que primero inscribió el título. Las transmisiones operadas por el titular registral no propietario eran válidas. Este anteproyecto de Luzuriaga pasó a constituir después los títulos XIX y XX del Libro III del proyecto de Código

(51) Es la famosa base 52, inspirándose, probablemente, Luzuriaga para redactarla, en las obras de Odier: *Des systèmes hypothécaires*, Ginebra, 1840, y Saint-Joseph: *Concordance entre les lois hypothécaires étrangères et françaises*, París, 1847.

(52) Para un estudio más detenido del desarrollo de estas cuestiones, ver Oliver: *Derecho inmobiliario español*, I, Madrid, 1892, págs. 47 a 51.

civil de 1851. El título XX (arts. 1.819 y sigs.) era el que determinaba los efectos de la inscripción (art. 1.858) (53).

Seguidamente se pasó el proyecto a informe de los Tribunales para que hiciesen las observaciones pertinentes y propusiesen las disposiciones transitorias que deberían adoptarse (54).

El proyecto de 1851, además de determinar los efectos de la inscripción en los términos expuestos, trasplantaba a nuestro Derecho una norma contraria al espíritu de la tradición jurídica española: la propiedad y los demás derechos reales, siguiendo el criterio del Código francés, se constituían y transmitían "inter partes", "solo consensu" (arts. 981, 1.859, etc.). En caso de doble venta, adquiría la propiedad de la cosa quien primero inscribía el título, sin exigirse la buena fe (artículo 1.859).

El proyecto, como se ve, abandonaba totalmente la doctrina del título y el modo.

c) *La Ley Hipotecaria de 1861*.—Fracasado el intento codificador y ante la perentoria necesidad de establecer el Registro Público, se nombra una nueva Comisión para que redactase un proyecto de Ley de Bases de una futura Ley Hipotecaria.

La R. O. de 10 de agosto de 1855 señaló a la Comisión las directrices generales que debería seguir el proyecto. la tercera norma hacía referencia al "establecimiento de formalidades exteriores para la traslación de la propiedad y demás derechos en la cosa".

A pesar de que Gómez de la Serna (55) se declarase partidario de la doctrina del título y el modo, es lo cierto que la Ley Hipotecaria de 1861 modificó nuestra legislación civil a este respecto, según se deduce claramente de su exposición de motivos (56).

(53) Cfr. García Goyena: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, IV, Madrid, 1852, pág. 224, teniendo en cuenta que los comentarios a los títulos XIX y XX del libro III fueron redactados por don Claudio Antón de Luzuriaga.

(54) Sabido es que el fracaso del proyecto se debió exclusivamente a la oposición de los foralistas.

(55) *La Ley Hipotecaria*, I, Madrid, 1862, págs. 249-250, aunque en las páginas 244 y siguientes defiende la *inscripción necesaria*.

(56) Cfr. Oliver: op. cit., I, pág. 382, y el párrafo 41 de la exposición de motivos, que decía que la Ley Hipotecaria modificaba, entre otras cosas, «el orden de la propiedad y de los demás derechos en la cosa: su adquisición, conservación, transmisión y modificación».

Don Claudio Antón de Luzuriaga ya vió la dificultad de armonizar la Ley Hipotecaria con la legislación civil vigente entonces (57).

d) *El Código civil vigente*.—En la base segunda del proyecto de Alonso Martínez se decía que quedaría en vigor, entre otras, la Ley Hipotecaria. La razón era la creencia de que esta Ley era de carácter mixto civil-administrativo (58). Además, era también el criterio seguido por el Código civil francés (59).

El proyecto de Ley de Bases de Silvela (de 12 de enero de 1885) decía que debían admitirse en el Código civil "los principios de la Ley Hipotecaria en todo lo que tienen de materia *propriamente orgánica y legislativa*" (60).

En la base 20, relativa a las reglas generales sobre los contratos, se dispone, de acuerdo con los principios del sistema inmobiliario alemán, introducido en España por la Ley Hipotecaria, que debía partirse de la distinción fundamental, propia de aquel sistema (se refiere, sin duda, a la derivación austríaca), entre el título y los modos de adquirir (entre los cuales debe incluirse la inscripción para los inmuebles, pues de una manera general a ella se alude), distinción completamente extraña al Código civil francés y a quienes sirve de patrón y de la cual no se hizo, como ya vimos, ni la más leve mención en el proyecto de Código civil de 1851, ni en el de bases de 1881, ni en el de los libros I y II presentado al Senado en 1882 (61).

La no inclusión de la Ley Hipotecaria en el Código civil fué sancionada por el Poder legislativo al ser aprobada la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, consagrándose entonces la dualidad de Ley Hipote-

(57) Así se expresaba Luzuriaga en uno de sus discursos: «Dada esta Ley, no hay más remedio que traer el Código. De aquí en adelante será ya indisculpable si no se hace observar por su parte [aludiendo al Ministro] el artículo constitucional que está por cumplir, y que dice que unos mismos fueros regirán en todas las provincias de la Monarquía. Si esto era hasta ahora un precepto relegado a una ley, desde hoy en adelante en la Ley Hipotecaria es una necesidad.» (*Diario de Sesiones del Senado*. Sesión del día 22 de noviembre de 1860, pág. 177. Se refería al artículo 4.º de la Constitución de 1845, análogo al 75 de la de 1876.)

(58) Cfr. Oliver: op. cit., I, pág. 766.

(59) Sólo D. Carlos María Coronado pidió la incorporación de la Ley Hipotecaria al Código civil. (Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, legislatura de 1884-1885, pág. 2189.

(60) Ver base 25.

(61) Cfr. Oliver: op. cit., I, pág. 770.

caria y Código civil, faltando la tarea de armonizar sus preceptos (62).

El establecimiento de la doctrina del título y el modo quedó plenamente consagrada en los artículos 609 y 1.095, fundamentalmente, de nuestro Código civil, renunciando a su análisis por haber sido hecho ya, algunas veces de modo insuperable, e incurrir en repeticiones innecesarias (63). Si bien no faltan impugnadores de esta doctrina, precisamente entre nuestros más doctos y destacados maestros del Derecho civil español (64).

(62) La 2.<sup>a</sup> edición del Código civil (Ley de 26 de mayo de 1889 y Real decreto de 24 de julio del mismo año) no alteró en lo más mínimo la parte relativa a la legislación hipotecaria.

(63) Ver, entre otros, J. González: loc. cit.; Valverde: *Tratado de Derecho civil español*, II de la 4.<sup>a</sup> edición, Valladolid, 1936, págs. 156 y sigs.; Bollain: «Notas al proyecto de reforma del Código civil», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1944, págs. 145 y sigs.; Ríos Mosquera: «Nuevo ordenamiento hipotecario y régimen de la pequeña propiedad», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1943, págs. 432 y sigs.; Ollente: «La inscripción obligatoria», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1925, págs. 492 y sigs.; Abejón: «Inscripción obligatoria», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1933, págs. 659 y sigs.; Ventura: «La inscripción forzosa», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1934, págs. 108 y sigs.; Goyanes: «Lo que sería conveniente», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1940, págs. 259 y sigs.; Villares: «El formalismo en el Derecho inmobiliario debe ser constitutivo o "ad substantiam"», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1945, páginas 740 y sigs.

El anteproyecto de reforma de la Ley Hipotecaria de 1943, debido a don José María Porcioles, preveía la implantación de la inscripción constitutiva, modificando, a tales efectos, los artículos 605, 609, 1.949 y otros del Código civil y de la Ley Hipotecaria, haciendo que la inscripción viniese a sustituir a la tradición, conservando la doctrina del título y el modo.

Constituye un loable intento aclarativo de estas cuestiones el último trabajo de Ramos Folqués: «Materiales para el análisis crítico del valor de la inscripción en la vida de los derechos reales. Una tesis, un lema y varios argumentos», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1948, páginas 345 y sigs.

(64) En este sentido, Roca Sastre: loc. cit.; M. Scaevola: *El Código civil comentado y concordado*, XI, Madrid, 1896, pág. 159; J. González: loc. cit.; Pérez González y Alguer: *Notas al «Tratado de Derecho civil» de Ennecerus-Kipp-Wolff*, II, primero, págs. 213 y sigs.; I, segundo, págs. 3 y siguientes, y III, primero, págs. 301 y sigs.; y Castán: *Derecho civil español común y foral*, «Notarías», 6.<sup>a</sup> edición, II, Madrid, 1943, págs. 136 y sigs.

V. NOTAS PARA UNA CONSTRUCCIÓN MODERNA DEL CONCEPTO DE MODO DERIVATIVO DE ADQUIRIR DENTRO DE LAS LÍNEAS GENERALES DEL VIGENTE SISTEMA ESPAÑOL.

Después de fijados todos estos precedentes históricos y su alcance, veamos la serie de consideraciones que nos sugieren y si de la conjunción de todas ellas es posible formular alguna directriz fundamental en el moderno concepto del modo de adquirir.

Para ello se pueden seguir los siguientes caminos: ,

1. ELIMINACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TÍTULO Y EL MODO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.—A pesar de su deficiente continuidad histórica que, como llevamos visto a lo largo de estas páginas, no es tan brillante y tan arraigada como algunos juristas creen, estimamos que no es necesario, ni siquiera conveniente, acudir a procedimientos tan radicales.

En efecto, para sustituir la doctrina del título y el modo habría que adoptar uno de estos dos procedimientos:

a) *El sistema francés, con sus deficiencias.*—El puramente consensual del Derecho francés y del italiano, incompatible a todas luces con la seguridad del tráfico jurídico y las transacciones sobre inmuebles en el momento actual, hasta tal punto que fué el propio Derecho francés quien con las Leyes de 23 de marzo de 1855 (65), la de 24 de julio de 1921 y, sobre todo, el Decreto-Ley de 30 de octubre de 1935 (66), quien al aumentar considerablemente el número de los actos sujetos a transcripción y poner, aunque indirectamente, una considerable serie de cortapisas a la transmisión de la propiedad "solo consensu", han venido a poner de relieve las deficiencias del sistema en el momento actual de la evolución del tráfico

En cuanto al Derecho italiano, también la doctrina ha reaccionado

(65) Ya que, como expone Bonnecase (op. cit., I, pág. 656), «es indudable que en el Código de Procedimientos el legislador manifestó imperfectamente su voluntad de restablecer la publicidad de las transmisiones. En realidad, sólo hasta la Ley de 23 de marzo de 1855 no se restableció definitiva y totalmente la transcripción de las enajenaciones a título oneroso».

(66) Ver, sobre esta Ley, Roca Sastre: op. cit., I, págs. 94 y sigs., y Jiménez-Arnáiz (E.): «La reforma del sistema inmobiliario francés», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1941, págs. 321 y sigs.

enérgicamente contra este principio, tratando por todos los medios, no solamente de superar la doctrina, sino incluso de *llegar a la sustitución de la tradición por la inscripción* (67).

b) *El sistema alemán y sus deficiencias.*—El sistema del acuerdo real (Einigung), del Derecho alemán, que no es más que una adaptación del negocio abstracto, tal como lo concibió la dogmática conceptual alemana, a los actos de disposición registral, no lo juzgamos adaptable para el Derecho español, porque, además de ser contrario a toda nuestra tradición jurídica, es preciso tener en cuenta que nadie cree hoy en el negocio abstracto a estos efectos, desde el punto de vista de las soluciones prácticas.

En efecto, si exceptuamos a Heck (68), a Zitelman (69) y a algún otro, una gran parte de la doctrina alemana es contraria al negocio abstracto basada en que no tiene eficacia práctica ninguna, aplicado a la tradición, puesto que los mismos efectos de protección al tráfico jurídico y seguridad en la contratación sobre inmuebles, se conseguirían con su supresión (70).

Las últimas tendencias de la Alemania nacionalsocialista eran también totalmente favorables a la supresión del negocio abstracto (71).

El maestro español profesor Ursicino Alvarez (72), en un magis-

(67) Ver, en este sentido, Brugi: *Instituciones de Derecho civil*, con aplicación especial a todo el Derecho privado. Versión de la 4.<sup>a</sup> edición italiana de Simo Bofarrull, Méjico, 1946, págs. 116 y sigs., y la bibliografía allí citada.

(68) Cfr. *Grundriss des Sachenrecht*, Tubinga, 1930, pág. 123. También V. Tuhr, Ennecerus y Wolff en sus conocidos Tratados.

(69) Cit. por Heck: op. cit., pág. 3.

(70) Cfr., entre otros, Kriegsmann: *Der Rechtsgrund der Eigentumsübertragung*, 1905. Rumpff: «Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu der 138, 817 BGB», en *Zivilistischer Archiv*, vol. CXVII, págs. 350 y sigs.

(71) Ver Pérez Serrano: «La reforma del Derecho privado en Alemania», en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, enero-junio 1941, números 4-5, págs. 7 y sigs., especialmente la pág. 25.

(72) Op. cit., págs. 102 y sigs., en donde escribe: «Tampoco resulta convincente para los impugnadores de la transmisión abstracta el argumento de que ella descansa en la necesidad de proteger el tráfico jurídico. La protección al tráfico que la transmisión abstracta proporciona representa una forma bien primitiva de tal protección. Cuando un ordenamiento jurídico, como el romano, hace descansar la adquisición derivativa en el principio de que nadie puede transmitir a otro más de lo que él mismo tiene, se com-

tral resumen, demuestra plenamente la ineficacia práctica de este tipo de negocio en la vida del tráfico alemán.

Concluyamos, por tanto, a este respecto, apuntando que si en Alemania, que tuvo su cuna este tipo de transmisión, fracasó, cuánto más no habría de fracasar en España, como, con certera visión del problema, afirmó ya la exposición de motivos de la vigente Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 (73).

Ante todas estas razones, creemos que es preferible mantener la doctrina del título y el modo contenida, fundamentalmente, en los artículos 609 y 1.095 de nuestro Código civil.

## 2. ADAPTACIÓN DE NUESTRO SISTEMA A LAS EXIGENCIAS ACTUALES DEL TRÁFICO.

Antes de pasar adelante, queremos insistir en una cuestión, ya iniciada en las páginas precedentes: nos referimos a esa especie de "Tabú" que surge inmediatamente, ante los fervientes defensores del para ellos postulado, cuando se pretende discutirlo, acudiendo al tan manido tópico de la raigambre histórica de la teoría.

Ni esta raigambre es tan profunda como pretenden sus defensores, según ha quedado demostrado ya en las páginas anteriores, ni la teoría abstracta de la transmisión de los predios y constitución de derechos reales sobre los mismos es tan moderna como, también con caracteres de tópico, viene afirmándose un tanto rutinariamente, pretendiéndola achacar, sin más, a la dogmática conceptual alemana, como fruto de una serie de elucubraciones más o menos bien urdidas.

A) *Origen español del vigente sistema suizo.*—En primer lugar, la abstracción en la transmisión es tan antigua como la "mancipatio" y la "in iure cessio" del más genuino Derecho romano, inspirador en

prende que para evitar posibles nulidades de la transmisión, que podrían poner en peligro el tráfico jurídico, se proteja al primer adquirente y a sus sucesores, haciendo independiente la validez del negocio dispositivo de la validez del negocio obligacional. Pero cuando una legislación positiva, como la alemana, regula la protección al adquirente de buena fe de un modo sustantivo, puede tranquilamente renunciar a la transmisión abstracta y configurar la transmisión de un modo causal, es decir, de tal manera que la adquisición sin causa sea nula, y, sin embargo, otorgar al segundo adquirente un derecho bien sentado, en consideración a la confianza que presta a la apariencia jurídica que representa la inscripción en el Registro o el hecho de que sea poseedor.»

(73) Cfr. el párrafo 18 de la exposición de motivos.

grado superlativo de nuestro Derecho patrio, encontrándose también huellas en la "traditio", configurada a veces con carácter abstracto, según se deduce de los textos transcritos anteriormente.

En segundo lugar, la doctrina del título y el modo, lejos de responder a una verdadera tradición jurídica (ni el Derecho romano clásico ni el germánico antiguo la conocían) responde a un momento político-social de desconcierto (el feudal), en el que se pretende considerar a la "diosa tierra" como nodriza universal de toda clase de cargas y gravámenes, de la más heterogénea condición (privados, políticos, semipúblicos, etc.). Y probablemente, a través de los "Libri Feudorum", pasó a nuestras Partidas, de donde, sin duda alguna, fué recogida por los redactores del Código civil, olvidando tal vez que las Partidas quizá no fuesen hechas con la intención de tener jamás carácter de leyes (74) y que, desde luego, como fuente directa no tuvieron vigencia nunca y como Derecho supletorio no lo lograron hasta casi un siglo después, en que Alfonso XI las declaró, en el Ordenamiento de Alcalá de 1348, supletorias en segundo grado.

Pese a todo esto, nosotros consideramos suficientemente arraigada ya en el Derecho español la doctrina del título y el modo; pero, como es natural, sujeta siempre a revisiones y perfeccionamientos que redunden en su mejor armonización con las exigencias del orden social. Y a demostrarlo vamos en las páginas que siguen.

El sistema del Código civil suizo sigue, en el fondo, la doctrina del título y el modo, sin adoptar la figura del negocio abstracto de disposición, sino que el acuerdo transmisivo está causalmente enlazado con el título, repercutiendo en aquél los vicios de éste. El negocio de disposición es la unión de un requerimiento del disponente dirigido a consentir la inscripción del acto dispositivo unido a la inscripción correspondiente (75). La *inscripción* viene así a convertirse en *modo* para los bienes sujetos a inscripción registral.

Este es, sin duda alguna, como ha proclamado unánimemente la doctrina, el sistema más perfecto del mundo, del que no hay inconveniente alguno en tomar lo que de bueno haya en él, sobre todo, si sirve para cubrir necesidades en la vida del tráfico jurídico, ya que,

(74) Cfr. Galo Sánchez: loc. cit.

(75) Ver, a este respecto, la magnífica monografía del Prof. Serrano y Serrano: *El Registro de la Propiedad en el Código civil suizo*. Prólogo de D. Jerónimo González, Valladolid, 1934, págs. 4 y sigs.

como con sobrada razón escribe el maestro Roca Sastre (76), "el ordenamiento positivo de cada pueblo no debe constituir un coto cerrado a toda influencia de la legislación comparada; por el contrario, hay que asimilar sus enseñanzas y experiencias, prescindiendo de su marca de origen, ya que lo esencial es proporcionar las mejores fórmulas jurídicas para el bienestar de los ciudadanos. Esto aparte, que una cosa es inspirarse en un sistema extranjero y otra es su copia servil, haciendo caso omiso de aquellas correcciones y adaptaciones impuestas por las particulares circunstancias autóctonas y de las creaciones tradicionales del país. Y estas exigencias son atendidas, en lo fundamental, en la nueva Ley, en la cual continúa subsistiendo, como figura central, la creación española del tercero hipotecario, elemento excesivamente disipado en las legislaciones de puro tecnicismo germánico" (77).

Pero sobre todas estas razones, hay una fundamental que ha quedado explicada en las páginas precedentes; nos referimos al *origen genuinamente español*, propugnado por nuestros legisladores de 1861, de la tendencia sustitutiva del modo por la inscripción, en predios y derechos reales constituidos sobre los mismos, que sean susceptibles de ella (78),

(76) Op. cit., I, págs. 113-114.

(77) Ver, en este sentido, Castro Bravo: *Derecho civil de España*, I, Valladolid, 1942, pág. 156, que califica, certeramente, el criterio de la Ley de 1861, a estos efectos, de «fórmula práctica y original».

(78) Nadie podrá dudar del conocimiento y respeto a la tradición de algunos de nuestros juristas, que tan de cerca vivieron la codificación, como Gómez de la Serna, Benito Gutiérrez e incluso Luzuriaga (loc. cit.), a pesar, este último, de su «vanguardismo». Así, D. Benito Gutiérrez (*Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, III, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1868, pág. 31), después de defender la necesidad de la tradición para transmitir la propiedad (en contra de la tendencia afrancesada, consensualista pura, del proyecto de Código civil de 1851), escribe: «Este sistema prevalece en la práctica: lo que parece alterado es el modo de su ejecución. Para que el acto de la tradición traspase entre nosotros el dominio de las cosas, es requisito indispensable que se inscriba el título en el registro de hipotecas.» Y Gómez de la Serna y Montalbán (*Elementos de Derecho civil y penal de España*, 8.<sup>a</sup> edición, I, Madrid, 1868, pág. 558) escribe: «Necesario es advertir al terminar esta materia, que si bien por el acto de lá tradición se traspasa el dominio de las cosas, es además requisito indispensable que se inscriba el título en el registro de hipotecas.» Estos autores creemos que no cabe dudar de que vivieron la tradición jurídica española mejor y más cerca que los modernos paladines de la misma. Y siendo así, de lo transcrito no hay otro remedio que deducir que, si bien prefirieron

adelantándonos así a la técnica suiza en sesenta y cuatro años (79).

B) *Camino para llegar a la sustitución de la tradición por la inscripción.*—Veamos ahora el camino cómo, sin grandes obstáculos y sin violentas reacciones, se puede llegar a propugnar la sustitución del modo por la inscripción, en las cosas susceptibles de ella, armonizando así nuestro Derecho con las exigencias que le plantea la vida actual.

a) *Tradición y posesión.*—La finalidad principal de la tradición, a los efectos de nuestro estudio, es la de conferir al adquirente la posesión de la cosa; es decir, ponerle en una situación de hecho que, engendrando una apariencia real exteriorizante, demuestre "erga omnes" que, efectivamente, se encuentra en una relación de contacto directo con la cosa. Ello, unido al título de dueño o de sujeto activo de un derecho real sobre la misma, es lo que, en definitiva, le hace ser titular de la propiedad de la cosa o derecho.

Lo mismo que nadie puede negar hoy que el concepto de *título*, a los efectos adquisitivos, ha experimentado una seria evolución, gracias a las exigencias del tráfico, y, en el terreno científico, al empuje del brillante resurgir de la técnica notarial, tampoco puede nadie negar la evolución que aquellas mismas necesidades han ido imponiendo al concepto de posesión, desde aquellos recorridos por los linderos de la finca, pasando por el "ponimiento de pies" de nuestras Partidas, hasta la moderna toma de posesión a través de la simple entrega de la escritura notarial de compraventa o de constitución de un derecho real distinto al de hipoteca en que la inscripción hace las veces de tradición, pese a cierta corriente doctrinal en contra, como ya hemos tenido ocasión de demostrar en otra ocasión (80).

Si la tradición notarial ha dado lugar a infinidad de litigios, precisamente por que el Protocolo Notarial, por razones técnicas fácilmente comprensibles, nunca puede ofrecer las garantías de descripción de la finca que ofrece el Registro de la Propiedad (pese a sus deficiencias, a este respecto, en el momento actual), ¿qué inconveniente hay en admitir la tradición registral (y, como consecuencia obligada, la posesión) plenamente, como se ha admitido para la hipoteca?

adoptar la doctrina del título y el modo, ello fué *condicionándolo siempre a la necesidad de la inscripción.*

(79) Ver supra, pág. 28.

(80) Cfr. nuestra *Introducción al Derecho registral*, cit., pág. 132, n. 332.

b) *Falsos obstáculos que se oponen a la reforma del sistema.*—Veamos los obstáculos que la doctrina opone a ello, dejando a un lado, claro está, el mito del “religioso respeto a la tradición jurídica”, que ya creemos queda suficientemente desvanecido.

a') *La exposición al fracaso del sistema, adoptando el de inscripción constitutiva.*—Crítica.—Es este uno de los argumentos principales esgrimidos siempre que se trata de imponer, con carácter coactivo, la inscripción de todas las fincas y constitución de Derechos reales sobre las mismas en el Registro de la Propiedad.

Es este un argumento tan manejado como poco estudiado en el fondo. En efecto: no es necesario detenerse a pensar mucho para comprender que el Registro de la Propiedad, como toda institución que trate de cumplir fines de interés público, regulado en su organización por una rama del Derecho público (el administrativo), participa de la naturaleza de este Derecho y de sus normas, impuestas en la mayoría de los casos con carácter coactivo, como sucede con otros Registros (el de la Propiedad intelectual, el de la Industrial, el de la Minera, etc.) que, aun relativos a cosas de otra índole, en el fondo coinciden en su finalidad esencial: dotar de seguridad las constituciones y cambios de titularidad de los derechos que regulan.

Si la llamada propiedad inmueble de un país, de importancia tan decisiva para el desarrollo económico, va a quedar totalmente en manos de los particulares, estando el Estado siempre pendiente de que la quieran o no inscribir, no puede extrañar a nadie que “a los dieciséis lustros de la promulgación de la *más fundamental* de nuestras Leyes hipotecarias todavía se halle sin inscribir más del 60 por 100 de la propiedad ” (81).

Creemos, por tanto, que no hay motivos para asombrarse tanto ante la posibilidad de propugnar la inscripción con carácter coactivo, que implicaría ya su sustitución por la tradición, tan reducida hoy a la mínima expresión (82) en sus formas simbólicas.

(81) Párrafo 6.º de la exposición de motivos de la vigente Ley Hipotecaria.

(82) Aunque con gran timidez, ya la misma exposición de motivos de la vigente Ley Hipotecaria admite la posibilidad próxima de llegar a la inscripción obligatoria. «Como resultado de todo ello—dice—, y en consideración a que no le es dable al Estado inhibirse de la tutela de los derechos inmobiliarios, se ha concedido a la inscripción una mayor sustantividad y

Claro está que los impugnadores de esta tesis tienen siempre a mano otro argumento, que también con caracteres de tópico se viene utilizando (83), y al que nos referiremos a continuación.

b') *La falta de un buen Catastro. Crítica.*—Por razones que no son del caso, no se ha podido llegar todavía en nuestra Patria a la formación de un buen Catastro, extremo al que se ha dado una importancia decisiva para llegar a la inscripción constitutiva.

No cabe duda de que el Catastro ha influido, en grado sumo, en el desarrollo de los sistemas hipotecarios considerados por la doctrina como más perfectos (84). Pero esta influencia no es decisiva, ni mucho menos, como pretenden hacer ver quienes en esta falta se escudan para cortar la marcha al avance decisivo de la técnica registral española.

Ya el profesor De Casso (85) apunta que a falta de un buen Catastro bastase de momento se acompañara a todo título inscribible un plano de la finca afectada por la inscripción. Así desaparecería —dice— la finca "imaginaria" y también la inseguridad actual sobre su configuración y situación.

Nosotros creemos que se debe llegar aún más lejos. Todo título que se pretenda inscribir en el Registro deberá de ir acompañado de un plano autorizado por un Perito Agrícola del Estado. De este modo se puede llegar perfectamente a la identificación de la finca sin necesidad de estar aguardando a lo que tal vez tarde mucho en llegar, en detrimento de una institución de absoluta necesidad para la vida

reformado los artículos 355 y 356 (hoy 313 a 315 del texto refundido), de suerte que *constituyen el primer paso de «tipo coercitivo» para la desaparición de la discrepancia antes aludida.*» (Párrafo 23.)

(83) Respecto a la naturaleza y carácter del Registro de la Propiedad, ya escribió García Guijarro (*Bases del Derecho inmobiliario en la legislación comparada*, Madrid, 1911, págs. 5 y sigs.) que «fundar la institución del Registro de la Propiedad fué lo mismo que establecer las leyes que deben presidir la constitución y movimiento del derecho de propiedad en sus relaciones sociales esenciales, y perfeccionar tal Registro debe ser aspiración constante del poder público, para ir a compás tanto de las necesidades históricas como de las exigencias del progreso científico en su función de tutela jurídica».

(84) Ver De Casso: *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 3.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1946, pág. 23.

(85) Op. cit., pág. 653.

actual del tráfico y decisiva para el desarrollo del crédito territorial.

De este modo se lograría la *identificación de la finca de dentro a fuera* (del Registro hacia el exterior) y no del Catastro al Registro.

Creemos que no es difícil, ni por costosa (que no lo es) ni por lenta (que lo es, desde luego, infinitamente menos que la formación del Catastro), la solución propuesta. Bastaría en muchas regiones un número pequeño de Peritos Agrícolas para realizar esta labor complementaria tan importante.

c') *Los estímulos corporativos.*—Otro obstáculo es este espíritu de superación, muy loable en el terreno puramente científico del estímulo puro, pero no tanto en el originado por la parcialidad, siempre perniciosa en cuestiones de esta índole, en dos Cuerpos, ambos honra de la ciencia jurídica española: Registradores de la Propiedad y Notarios.

No es éste lugar oportuno para penetrar en este problema, ni quien estas páginas escribe el más indicado para tratarlo (86). Nos limitamos, simplemente, a transcribir las líneas de un destacado tratadista, perteneciente a la docta Corporación notarial (87), tomadas de la obra de otro ilustre Notario (88) y que son, de por sí, mucho más expresivas que cuanto nosotros pudiésemos decir acerca del particular. Se escriben a propósito de la crítica del sistema registral francés y dicen así: "Con todas sus imperfecciones, el sistema—se refieren al francés—cumplía su misión de asegurar el tráfico inmobiliario, *gracias a los Notarios, sobre los que descansa todo el sistema.*"

C) *Reforma del artículo 609 del Código civil.*—Superados todos estos obstáculos, creemos que no hay inconveniente alguno en propugnar la reforma del artículo 609 del Código civil en los siguientes términos:

"La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la Ley, por donación, por sucesión testada e intes-

(86) Ver, a este respecto, la notable conferencia de Genovés Amorós: «El documento notarial y el Registro de la Propiedad» (Ilustre Colegio Notarial de Valencia: *Curso de Conferencias 1945*, Valencia, 1946, págs. 9 a 49), en que, con un criterio completamente objetivo, apunta una serie de consideraciones muy dignas de tenerse en cuenta.

(87) Ver Sanz Fernández: *Instituciones de Derecho hipotecario*, I, Madrid, 1947, pág. 155, nota 31.

(88) Jiménez-Arnáu: op. cit., pág. 324.

tada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición o la inscripción en el Registro de la Propiedad o en los Registros especiales, cuando se trate de bienes susceptibles de ella."

De este modo se incluyen también en él las llamadas propiedades especiales (industrial, intelectual, minera, de buques, etc.), que tienen sus Registros especiales en el ordenamiento jurídico español vigente (89).

Al reformar este texto, fundamental a los efectos perseguidos, sería preciso, como es natural, ponerlo en concordancia con los artículos complementarios correspondientes.

D) *La realidad procesal vigente como primer paso hacia la reforma propugnada.*—El primer paso hacia la reforma propuesta ha sido dado, en el plano procesal, por el artículo 41 de la vigente Ley Hipotecaria, que ha venido a proclamar la abstracción procesal a que aludíamos al principio de estas páginas.

En efecto; pese a argumentaciones ingeniosas, que al aplicarse a la naturaleza del proceso creado por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria intentan demostrar que se trata de ventilar en él "una mera cuestión posesoria" y "una presunción de título", etc., etc., es lo cierto que por más esfuerzos que se hagan para analizar con el más fino táliz la letra de la Ley no se encuentra esta solución, por ninguna parte.

Por el contrario, se advierte en seguida que el legislador se inspiró en el artículo 937 del Código civil suizo, superando su contenido, pues donde la Ley española habla de acciones reales el Código suizo habla de acciones posesorias. Y, de acuerdo con don Manuel de la Plaza (90) y con Roca Sastre, creemos que no hace falta esforzarse mucho para ver en este artículo el ejercicio de una acción reivindicatoria abreviada, ejercitada en un proceso montado en dos vertientes, ni más ni menos que los procesos de intimación. Y por esto, cuando la oposición en potencia no se formule, los Tribunales actuarán ejecutivamente por la sola virtud del título y entonces estaremos en presencia de un proceso de ejecución.

Esta pretensión, claro está, es todo lo provisional que es siempre lo resultante de todo proceso de ejecución, ya que queda siempre al vencido la posibilidad de acudir a la vía del proceso ordinario.

(89) *Derecho procesal civil español*, II, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1945, páginas 302 y sigs.

(90) *Op. cit.*, I, págs. 181 y sigs.

El negocio jurídico procesal, envuelto en este proceso es de tipo abstracto, como se deduce claramente del contenido del número tasado de excepciones admitidas por el artículo 41, *relativas única y exclusivamente al contenido del Registro*, sin admitir ninguna otra relativa a la falsedad, inexistencia o ilicitud de la causa contenida en el título de transmisión.

He aquí por qué afirmábamos al principio de estas páginas que por la vía procesal, a pesar de la doctrina del título y el modo, era también posible, en Derecho español, llegar a la configuración del negocio abstracto, con abstracción procesal, que será todo lo relativa que se quiera, pero, al fin, abstracción que no incurre en ninguno de los defectos del sistema alemán, puesto que el legislador español ha sabido abrir una vía nueva, tendente a su superación, en el sentido de alejar los defectos del sistema alemán y recoger sus ventajas.

## VI. CONCLUSIONES.

De todo lo dicho anteriormente se pueden sacar, en síntesis, las siguientes conclusiones:-

Primera. No es cierto el abolengo histórico que sus defensores alegan respecto a la doctrina del título y el modo. Esta respondió más a circunstancias sociales de un momento determinado que a una formulación necesaria para la vida del Derecho.

Segunda. No obstante lo anterior, es conveniente mantenerla en el Ordenamiento jurídico patrio, aunque sujetándola a revisión.

Tercera. Esta revisión deberá hacerse a base de la sustitución del modo por la inscripción, dando nueva redacción, en este sentido, a los artículos 609 y concordantes del Código civil.

Cuarta. Los obstáculos alegados por la doctrina para impedirlo son más ficticios que reales.

Quinta. No se copia con ello ningún sistema extranjero, pues mucho antes que el Código civil suizo consagrara la teoría en sus líneas generales, ya había sido propuesta reiteradas veces por nuestros especialistas en Derecho civil y registral.

Sexta. Este es el espíritu que animó a los juristas que vivieron de cerca la formación de nuestro sistema hipotecario, más apegados a la tradición, sin duda alguna, que sus fervientes defensores actuales.

Séptima. Es rechazable el negocio abstracto de tipo alemán, producto de la dogmática conceptual. Pero hay varias clases de abstracción, pudiéndose encontrar una especie de abstracción procesal relativa en el artículo 41 de la vigente Ley Hipotecaria, que constituye una de las vistas por las que se camina más directo hacia la tesis sustitutiva que propugnamos (91).

Octava. La revisión es demandada con toda urgencia por el tráfico jurídico como remedio a sus apremiantes necesidades en la hora actual.

Bástenos, como final, una observación de tipo sentimental acerca de aquel adelantarse, por parte de nuestros magníficos juristas del pasado siglo, a la regulación suiza de la doctrina del modo de adquirir, en relación con el Registro de la Propiedad. En ello no vemos otra cosa, como en tantas otras ocasiones, que ese triste, pero glorioso, destino de nuestra España, de ser siempre precursora y creadora de lo bueno de otros países, como lo fué de Imperios y de civilizaciones.

DR. PASCUAL MARÍN PÉREZ.

Juez de primera Instancia y Profesor A. de  
Universidad Central.

(91) No queremos terminar este trabajo sin reseñar la progresiva teoría del ilustre Notario Sr. Roan acerca de la verdadera naturaleza de la inscripción en nuestro Derecho, por ser el camino más firme que nos conduciría a nuestra finalidad. Sostiene este docto tratadista que la inscripción *sustituye* a la tradición en cuanto a la transmisión de titularidad, pues en la tradición hay que contemplar dos caras, una  *fáctica*  y otra  *jurídica* , entrega de posesión y transmisión de propiedad, de manera que lo mismo que la inscripción recoge de la posesión su vertiente de legitimación jurídica, así también de la tradición recibe su efecto transmisivo de propiedad; mas la posesión no se liga a la inscripción, pues para ella hace falta la entrega real; lo que se une a la inscripción es la vertiente, por así decirlo, jurídica: la transmisión de propiedad. (Cfr. Roan: «Texto refundido de la Ley Hipotecaria», en *Revista de Derecho Privado*, año 1946, pág. 736.)

# Los poderes del marido sobre disposición y obligación de los bienes gananciales

## I. CONSIDERACIONES GENERALES.

Los autores suelen repetir constantemente los textos del Código civil, bien conocidas sobre disposición por el marido de los bienes gananciales, haciendo escasa exégesis del articulado, sin atender a los fines para que se otorgan dichos poderes, omitiendo casi las facultades de la mujer y manteniendo, en forma exagerada, el principio de las costumbres francesas, que casi repiten nuestros viejos fueros en una u otra forma: "El marido es señor y dueño de la comunidad."

Pero tan viejo principio se armoniza mal con los mismos textos del Código civil, acogedores en algún caso de vieja costumbre y doctrina legal (así el párrafo 2.º, artículo 1.413 y su antecedente en la Novísima Recopilación, Ley de Santa María de Nieva, 10, IV, 5) y con los nuevos avances legislativos, interpretativos y prácticos, de los que aparece en primer plano el artículo 96, 2.º, del reciente Reglamento hipotecario.

Y porque creo que la interpretación y la exégesis debe y puede cambiar es por lo que lanzo a la crítica estas nuevas ideas, para que en futuro resumen se fije la doctrina común y se delimite el ámbito de los poderes del marido, de los que creo se usa y abusa en la práctica jurídica.

## II. NUESTRAS FUENTES LEGALES.

a) *En el Código civil.*—Dejando a un lado los actos de administración y centrando el estudio solamente en los actos de disposición y de obligación, el marido tiene, respecto de los bienes presuntamente gananciales, los poderes siguientes:

Puede realizar toda clase de actos de disposición, a título oneroso sin consentimiento de la mujer, y en los gratuitos con su consentimiento, salvo los supuestos del párrafo 2.º, artículo 1.415, en sus dos párrafos, el artículo 1.343 y el artículo 1.409.

En los actos de obligación (asunción de deuda, por la causa que fuere) parece que el Código le concede más facultades, en cuanto que son de cargo de la sociedad de gananciales todas las deudas y obligaciones contraídas por el marido (art. 1.408, 1.º). Para estos actos nada dice la Ley que sean a título oneroso o gratuito cuando las deudas se asumen igual que se constituyen o modifican los derechos. Siguiendo la regla anterior serán los casos de asunción de deuda a título oneroso y nunca gratuito, salvo los supuestos, que tiene facultad para ello según hemos citado anteriormente. Las deudas en todo caso han de ser de interés para la sociedad de gananciales.

b) *En el Código de Comercio.*—El comercio se ejerce por el marido, por la mujer o por ambos conjuntamente, obligándose en todo caso la sociedad de gananciales. El ejercicio del comercio creo que es un acto de administración cuando el marido o mujer se mueven en el ámbito del giro y tráfico mercantil. Cuando la mujer ejerce el comercio con licencia del marido, según el artículo 10 del Código de Comercio obliga a los bienes comunes, además de los suyos, a las resultas de su gestión mercantil. Y será gestión mercantil todo lo que se comprenda en el giro y tráfico del establecimiento o empresa a que se dedique la esposa. Todo lo que no sea gestión mercantil no grava ni obliga a la sociedad de gananciales. Dentro de la gestión mercantil puede haber actos que aisladamente parezcan actos gratuitos y que sean actos de buena administración. Así, los regalos corrientes a clientes, donaciones ordinarias a establecimientos benéficos o al público en general, las suscripciones más o menos voluntarias a título gratuito; propinas, liquidaciones a bajo precio. Pues estos actos aisladamente, por su gratuidad, no los puede realizar un cónyuge sin el otro, pero sí son perfectamente admisibles dentro del orden, norma y uso de una buena gestión comercial.

c) *El Reglamento hipotecario* (el artículo 96, 2.º).—En cuanto a los bienes inscritos según la regla 2.ª del Reglamento hipotecario, es decir, cuando no se demuestra la procedencia del dinero con que se adquieren los bienes, el marido no puede disponer sino que corresponde a la mujer con consentimiento del marido. Entre muchas razones puede darse la de que el marido no debe ni puede ir contra sus propios actos, y por lo menos respecto de él, y sus herederos su declaración surte todos sus efectos. Entonces la mujer es la que puede

enajenar con licencia del marido. El Reglamento dice, no obstante, consentimiento.

Pero aparte del singular caso expresado queda otro corriente, y es cuando la mujer inscribe sin declaración alguna de procedencia del dinero. Yo creo que no hay duda en la regla del Código civil y tradicional. El marido es el único que puede disponer y no se necesita de la concurrencia de la mujer.

### III. LA JURISPRUDENCIA.

En la jurisprudencia hemos encontrado pocos antecedentes y únicamente anotamos las siguientes resoluciones: *a)* El marido no puede hipotecar los bienes gananciales para cumplir una condición de no enajenar bienes heredados por su mujer porque los gananciales no son bienes propios, como exigía la causante (Resolución de 29 de septiembre de 1905). *b)* No son hipotecables, por el marido a favor de su mujer, los bienes gananciales en garantía de bienes de la dote inestimada (Resolución de 25 de septiembre de 1937); y *c)* Son deudas de la sociedad de gananciales las contraídas por el marido mientras no se pruebe lo contrario (Sentencias de 30 de abril de 1888, 8 de mayo de 1900, 11 de mayo de 1910 y 24 de abril de 1928).

### IV. CASOS Y SUPUESTOS.

Los diversos casos y supuestos que pasamos a exponer demostrarán la necesidad de una nueva regla interpretativa. De la imposibilidad de otorgar en forma abstracta al marido poderes que responden a un fin, y que donde ese fin falte se carece de facultad para realizar el acto. Unir facultades afines es necesario en este supuesto o se incurre, de lo contrario, en situaciones anómalas o donde la apariencia de lo oneroso es solamente el medio para burlar derechos legítimos de la mujer.

*a)* *Actos gratuitos.*—El acto gratuito puede ser simple (totalmente gratuito y liberal) o mixto (en sus dos formas de gravoso y oneroso).

1) El préstamo sin interés ni retribución, muy corriente en la práctica notarial y ventajoso para no tributar por la tarifa II de la Ley de Utilidades, aunque esté garantizado con cualquier fianza o hipoteca.

2) La condonación de intereses en cualquier contrato que lo produzca, o rentas o pensiones.

3) El comodato, precario, etc.

4) El legado o donación o herencia, con carga, gravoso u oneroso.

b) *Actos remuneratorios*.—Siendo gratuito para el donante es oneroso para el donatario, según los autores. Y por ello es difícil sostener que el marido pueda otorgar una donación remuneratoria u otorgar una propina. Ante la persistencia y oposición de la mujer no hay duda de que el camarero, botones o criada tendrá que reponer en poder del marido la cantidad recibida por ese título.

c) *Actos onerosos*.—Si la regla del Código civil es clara en cuanto a los actos de disposición a título oneroso, presenta serias dificultades en cuanto se examinen los problemas de simulación, fraude, apariencia o escaso o nulo interés familiar o común que pueden tener los mismos. En el Código se recoge la vieja tradición en cuanto al fraude (art. 1.413, 2.º), pero nada se dice de aquellos actos donde el interés común no solamente no aparece, sino que de sus mismos textos y cláusulas resulta todo lo contrario. ¿Será posible mantener la facultad de disponer? Creo que no. Por ello en estos supuestos la regla escueta y meramente formal de la facultad concedida al marido para disponer a título oneroso ha de encontrar su freno en la finalidad que lleve la misma, y cuando del mismo acto se deduzca la falta de interés común o familiar debe denegarse la facultad al marido. Veamos algunos casos:

1) La cesión de bienes a cambio de renta vitalicia contratada en forma exclusiva a favor del marido o sus herederos.

2) Los seguros contratados por el marido con designación de beneficiario (intervivos o *post-mortem*) a favor de terceras personas y no a la misma sociedad de gananciales.

3) Las ventas o actos a título oneroso a bajísimo precio, renta o interés. Una teoría real, no nominal ni aparente, tendrá que aceptar en lógica consecuencia que el marido no puede realizarlo.

4) El arrendamiento con anticipo de rentas por un período notablemente excesivo o rentas percibidas por el marido. Así, por cincuenta años.

5) Los actos de enajenación o gravamen a título oneroso donde se reserven derechos personales o reales (usufructo, etc.) a favor

exclusivo del marido. Véase la llamada venta con reserva de usufructo, casi desaparecida por el fisco.

6) La aportación a sociedades o comunidades de bienes gananciales con cláusulas o pactos *post-mortem* en beneficio exclusivo del marido, sus herederos o terceras personas.

7) Las ventas o enajenaciones realizadas por la autoridad judicial o gubernativa en representación del marido, por rebeldía del mismo a causa de deudas personales, responsabilidad penal o gubernativa, salvo lo preceptuado en el mismo artículo 1.410 del Código civil.

d) *Los actos judiciales.*—Ante la autoridad judicial se suelen celebrar actos de diversa naturaleza, pero ello no les quita su naturaleza privada ni les aumenta o disminuye la facultad dispositiva del marido. Así, las formas de allanamiento a la demanda, transacción, confesión en juicio, etc., necesitará el marido la concurrencia de la mujer para quedar legitimado el acto dispositivo o de obligación, y no veo inconveniente alguno que sobre la facultad legitimadora del marido se califique por otro funcionario posterior (Notario, Registrador, etc.).

e) *Los actos abstractos.*—Todo acto, como todo efecto, tiene su causa. Un acto sin causa es un imposible en cualquier orden del pensamiento. Pero en el orden jurídico a veces la causa no aparece en primer plano, sino que siendo anterior, o simultáneo o posterior no se aprecia. Es decir, permanece oculta. Esto hace que influya en el acto jurídico aparentemente sin causa en forma distinta a como resultaría si apareciese. Es muy corriente en el tráfico actual el acto abstracto (acto con causa no aparente u oculta) y en estos casos tenemos problemas graves en cuanto que el marido no puede realizar por sí solo más que los actos a título oneroso y los gratuitos especialmente designadas en la Ley. La práctica notarial e hipotecaria creo que no ha planteado seriamente el problema y la gravedad del asunto. Hay que exigir el consentimiento de la mujer en todo acto abstracto. No veo otra salida, salvo que se probase "a posteriori" que el acto tiene una causa habilitante para que el marido pueda actuar solo. En algunos ejemplos veremos donde debe exigirse.

1) La asunción de deuda.

2) El reconocimiento, cesión, modificación o extinción de cualquier derecho real o de crédito, sin indicar la causa. Recuérdese aquí la

cancelación de hipoteca, sin expresar la causa que hacemos los Notarios y admiten los Registradores.

3) La novación y transformación de la deuda o del crédito o de cualquier derecho real.

4) El pacto de solidaridad.

5) Los contratos a favor de tercero.

6) El afianzamiento con bienes gananciales para caso de delito o falta. Así nuestras hipotecas en garantía de la función.

7) El afianzamiento civil o mercantil a favor de tercero. Recuérdese la hipoteca a favor de tercero y el aval mercantil.

#### V.—EN LA VIDA JURÍDICA.

a) Tanto en la calificación notarial como hipotecaria el problema no ha sido tratado pese a la exigencia de la calificación registral. Vamos con una corriente tradicional poco armonizable con el Código civil y con las exigencias mínimas de una protección familiar. Casi no conocemos en la vida profesional que Notarios y Registradores hayan dudado de la cuestión. A los compañeros de Granada y su provincia a quienes he expuesto privadamente mis dudas no han acogido seriamente el tema, y es más, creo que difícilmente se tuerza la corriente. Es mucho el marido en la vida familiar, y ¿quién se atreve a decir al marido que venga la mujer para que firme?

En la práctica bancaria se procede con bastante ligereza y se olvidan los requisitos más simples del orden jurídico, porque la vida bancaria se mueve más en el crédito personal. Porque la mujer concurre al Banco y firma cuando tiene bienes propios, pero no como cónyuge y prestando su consentimiento.

En la práctica administrativa hemos notado el cúmulo de requisitos formales, viejos y extemporáneos en las fianzas para gestiones de contratistas y de funcionarios públicos, pero nunca hemos apreciado el esencial requisito del consentimiento de la mujer. Estas fianzas son muchas veces en favor de sí mismo y de terceras personas y tienden a cubrir incumplimiento de contratos, faltas extracontractuales y delitos cometidos por el afianzado. Y ante esto nos preguntamos: ¿qué facultades tiene el marido para prestar fianza a favor de un funcionario público a responder de la gestión de su cargo?

b) En la jurisdicción contenciosa no conocemos jurisprudencia aplicable al tema.

## VI. CRÍTICA Y RESUMEN DEL TEMA.

a) El Código civil otorga al marido poderes algo excesivos aunque un poco atenuados por la misma jurisprudencia. Desde el punto de vista estrictamente familiar no puede admitirse una interpretación amplia y favorable a las facultades del marido. Además, con el mismo Código, no hay duda de la necesidad de la concurrencia de la mujer en muchos casos. Y su intervención es en muchos casos una necesidad legal, aunque en otros sea solamente una precaución y una garantía para el adquirente (artículo 1.413-2.º).

Se puede argumentar en contra de la tesis anterior sosteniendo que frente a los intereses familiares y personales están los intereses del tráfico en general, de la publicidad de los actos y de la apariencia jurídica. Y por ello una interpretación favorable a la concurrencia de la mujer haría un poco incierto el tráfico con las consiguientes dudas y esperas. Hoy, como decía, se olvidan los derechos de la mujer y se hace que el marido sea dueño y señor de la comunidad. Probablemente este principio sea el más adecuado para el tráfico y comercio de hoy, reduciendo la sociedad de gananciales a un derecho de la mujer en el momento de su disolución y no antes, o concediéndole en la Ley las más amplias facultades, sin perjuicio de su responsabilidad personal frente a la mujer, pero tales ideas no han conseguido plasmar en las fuentes legales. El marido necesita, antes de consentir, examinar detenidamente sus poderes y ver si el acto se encuentra entre sus facultades, y ello requiere, seguramente para cada caso, un asesoramiento.

b) Y como puede apreciarse, el interés familiar choca en algún punto con el interés del tráfico, de su rapidez, sencillez y brevedad dominado por la apariencia (sin examen de poderes), y por ello nos preguntamos: siendo los poderes del marido amplios en la administración y bastantes limitados en la disposición y obligación, ¿servirá para el derecho actual y su economía la concesión legal de la sociedad de gananciales en este punto? Pero esto entra en la política legislativa y en la pasión política (si es que el tema lo merece) y abre un cauce por lo menos a algo más interesante que este estudio: las opiniones de mis compañeros a cuya crítica someto este modesto ensayo de ensayos.

JULIÁN DÁVILA.

Notario.

# Criterios de autoridad

(NOTAS SOBRE UN TEMA MANIDO)

Nos mueve a escribir estas líneas una curiosa tendencia judicial que en algunas regiones va imponiéndose y que, si Dios no lo remedia, dará al traste con el procedimiento expeditivo que, en garantía del derecho inscrito, establece el artículo 41 de la vigente Ley Hipotecaria.

Ahora sí que se ha producido el agujero por donde se le ha de marchar todo el gas a este procedimiento, como con frase feliz nos dijo el insigne Núñez Lagos con relación a la causa cuarta de oposición de las comprendidas en dicho artículo.

El que estas líneas escribe ya advirtió este peligro, y le salió al paso, en la medida de sus escasas fuerzas, en un trabajo publicado en el número de abril de 1947 en la *Revista General de Derecho*, de Valencia, sobre el tema: "Un nuevo aspecto de la exégesis del artículo 41."

En aquel trabajo sostuvimos que no es la anotación de demanda la contradicción a que aluden aquellas palabras del artículo: "Siempre que por certificación del Registro se acredite la vigencia sin contradicción alguna del asiento correspondiente."

Firmes pilares de nuestra argumentación nos parecían: aquel breve estudio de la anotación de demanda en su naturaleza y efectos; aquella alusión a la específica misión del asiento de contradicción en el Derecho alemán; aquel telegráfico análisis del principio de legitimación y de su alcance en el Derecho español; aquella rápida excursión por el campo de los precedentes y, sobre todo, aquella visión directa, sin prejuicios ni telarañas en los ojos, de las frases del artículo: "VIGENCIA SIN CONTRADICCIÓN ALGUNA DEL ASIENTO CORRESPONDIENTE" (1).

---

(1) Así nos expresábamos entonces: *Anotaciones de demanda. Sus efectos*. Como dijeron aquellos egregios legisladores en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, pieza jurídica la más señera tal vez de las producidas por mente legislativa alguna, las anotaciones preventivas de demanda se encaminan a «que sea respetada la justicia... y a evitar que se eludan las sentencias, haciendo el demandado con actos propios im-

Con base en tal argumentación sostuvimos entonces—y seguimos sosteniendo ahora—que la contradicción se ha de referir a la *vigencia del asiento*, y sostuvimos, también, que esa VIGENCIA la ha de apreciar el Registrador al expedir la certificación, no el Juez.

Esta postura nuestra no es una elucubración científica, sino una natural consecuencia sacada de lo que, con envidiable precisión, establece el artículo 137 del Reglamento Hipotecario, que dice: "CON EL ESCRITO SE PRESENTARÁ CERTIFICACIÓN LITERAL QUE ACREDITE EXPRESAMENTE LA "VIGENCIA SIN CONTRADICCIÓN ALGUNA" del asiento que faculta al titular para iniciar el procedimiento."

---

sible la ejecución del fallo...», siendo necesario «adoptar precauciones que impidan al litigante hacer en su día imposible el cumplimiento de la sentencia».

¡ASEGURAR LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA!, esa es su peculiar y exclusiva misión.

*Consecuencia:* Todo lo que de algún modo pueda impedir el cumplimiento del fallo le estará vedado al titular registral cuando a su inscripción la afecta una anotación de demanda. Todo eso, pero nada más.

Y ¿es que la utilización de este expeditivo y singular procedimiento puede impedir, ni rozar siquiera, el cumplimiento del fallo?

Si el titular registral recobró su posesión al amparo de este procedimiento; ¿es que por ello está en peores condiciones de cumplir la sentencia?

Con base en estas lapidarias frases de la exposición de motivos han perfilado los autores y la misma Dirección de Registros sus construcciones sobre la materia.

Y así, Roca Sastre nos habla del carácter cautelar de estas anotaciones, dirigidas a asegurar en su día el cumplimiento del fallo. Y así nos dice también que son medios de hacer constar en el Registro la existencia de alguna causa de nulidad, rescisión o resolución de una titularidad o acto inscrito.

Bien, bien, decimos nosotros. Conformes de toda conformidad. Esos son los dos concretos fines de estas anotaciones de demanda: asegurar la ejecución del fallo y avisar a los terceros de que es posible la nulidad, rescisión o resolución del acto inscrito. Por eso nos parece acertadísima la consecuencia que se saca. Desde que existe una demanda anotada queda en suspenso la fe pública. El tercero que adquiere un derecho afectado por una anotación de demanda no hay duda que tendrá que soportar las consecuencias del fallo; pero de eso a dejar en suspenso también la fuerza legitimadora de la inscripción, y por consecuencia su más beneficiosa expresión, que es esta ejecución hipotecaria de las acciones reales derivadas de los derechos inscritos, hay un abismo insondable.

Pues no podemos perder de vista que esta fuerza legitimadora de la

Eso quiere decir, ni más ni menos, que es el Registrador quien nos ha de decir, y ños lo ha de decir expresamente, QUE EL ASIENTO ESTÁ VIGENTE sin contradicción alguna que afecte a esa vigencia.

Quiere decir también que todas las otras contradicciones que pueda tener el asiento, siempre que ellas no pongan en entredicho dicha vigencia, para nada afectan al problema de la procedencia del proceso del artículo 41.

Con la certificación del Registrador, que nos asegure la vigencia del asiento, y sean cuales sean las limitaciones del derecho inscrito y

---

inscripción es como una emanación de su existencia, consustancial con ella y operante mientras subsista.

La jurisprudencia hipotecaria establece también estos mismos caracteres y fines para las anotaciones de demanda. Así la resolución de 4 de noviembre de 1915 nos dice: «Las anotaciones de demanda de propiedad se constituyen para garantizar el cumplimiento de las decisiones judiciales y evitar que se eludan por actos propios del demandado»; ¡la misma doctrina! Las de 21 de diciembre de 1925 y 30 de mayo de 1934 afirman que estas anotaciones preventivas «por lo menos garantizan que en el futuro podrá practicarse una inscripción o cancelación sin temor a los derechos adquiridos e inscritos con posterioridad»; ¡idénticas afirmaciones! Estas resoluciones confirman esa doctrina de los fines y efectos de la anotación de demanda: asegurar el cumplimiento del fallo, dejar en suspenso la fe pública registral. Y ello sucede así tanto en la anotación de demanda cuyo objeto es asegurar un derecho o situación real existente como en aquella otra que tiende a conseguir una modificación jurídica real. Entre ellas hay diferencias, ¡quién lo duda!, por nadie tan bien expresadas como por la resolución de 4 de julio de 1919, cuando nos dice que unas tienen por objeto poner en armonía la realidad con el registro, provocando una resolución declarativa de los Tribunales que mire al pasado y rectifique el contenido del asiento registral, y otras veces se dirige a la constitución de una situación jurídica que mira al porvenir y se apoya en una nueva vocación al derecho real, fijada por título o causa eficiente.

Como con gran donosura se ha dicho, «las primeras protestan; las segundas profetizan». Las unas apoyan una *jus in re*; las otras contienen un *jus ad rem*. Pero unas y otras tienen un denominador común: asegurar la efectividad de las sentencias. Unas y otras suspenden los efectos de la fe pública. Unas y otras son faros rojos colocados en el camino del tercero, que le avisan de los peligros que corre. Unas y otras, por fin, ponen límites al campo de la retroacción de la sentencia.

No queremos nosotros meternos a dilucidar los distintos efectos de estas anotaciones en relación con los tres momentos capitales de su vida:

a) Cuando no ha recaído sentencia; b) Cuando se rechaza la demanda,

las afecciones que a él se refieran, siempre que no maten su vigencia, se abre el proceso, sin que dentro de él se pueda volver a discutir ese problema.

El Juez ya sólo puede resolver sobre cualquiera de las causas de oposición en el precepto rescñadas, pero no crear otra nueva al socaire de una viciosa interpretación de esas frases. Tampoco puede invadir esferas de acción de otros funcionarios que, como el Registrador, tienen atribuido un quehacer específico en la referida disposición reglamentaria.

---

y c) Cuando ésta prospera. No es ello necesario para nuestro estudio, y no habíamos de añadir ninguna idea aprovechable a lo que con galanura de que nosotros carecemos nos dijo nuestro compañero Feced en la primorosa conferencia que pronunció en el Colegio Notarial de Valencia.

Así y todo queremos hacer resaltar aquí que tan eximio conferenciante tuvo muy buen cuidado en no decir nada por lo que se pudiese sospechar que las tales anotaciones rozaban siquiera la fuerza legitimadora de la inscripción.

Aseguran los efectos de la sentencia, nos decía; constituyen una especie de reserva de puesto en el registro que garantiza la retroacción de los efectos del fallo hasta la fecha de la anotación; no producen el cierre del registro. El titular puede seguir ejercitando sin límites su facultad de disposición. Y si esto, que es lo más, lo puede hacer, ¿cómo ni por qué, decimos nosotros, ha de tener limitadas sus facultades en orden a los efectos legitimadores, que es lo menos?

Del estudio del asiento de contradicción, tal como nos lo presentan los autores alemanes, tampoco se pueden sacar consecuencias favorables a la tesis que impugnamos.

Véase, como ejemplo, lo que nos dice Wolff. Establece este prestigioso autor como finalidad principal del asiento de contradicción la de obtener una protección provisional contra la inexactitud del registro.

El asiento de contradicción, nos dice, sirve para asegurar un derecho por razón del cual puede solicitarse una rectificación.

El asiento de contradicción se dirigía contra la exactitud de una inscripción determinada o simplemente contra la exactitud del registro.

Los efectos del asiento de contradicción son negativos: 1.º Destruye la fe pública; 2.º Suspende la usucapión tabular.

El asiento de contradicción no está recogido en nuestra legislación, pero en algunos casos puede ser asimilado a la anotación preventiva de la demanda, que tiene por objeto la rectificación del registro inexacto.

También esta anotación preventiva suspende la fe pública; también hace imposible la usucapión tabular. Pero ni ésta ni aquél reducen la fuerza legitimadora de la inscripción a que se refiere. Por eso ninguno de

Y si ello es así y es también indiscutible que un asiento afectado por una simple anotación de demanda aún no está muerto y conserva su vigencia, ¿cómo se puede sostener que tal anotación de demanda impide la apertura de tal procedimiento?

¿Cómo? Muy fácilmente.

Ha bastado que D. Ramón La Rica, mi querido amigo y compañero La Rica—lo cortés no quita lo valiente—haya desahuciado en una breve nota de sus magníficos comentarios al Reglamento Hipotecario mi tesis para que el milagro se produjese. Conocemos algunas

---

los autores que se ocupan de aquel asiento nos habla de que el tal asiento limite estos efectos legitimadores de la inscripción.

Y vamos ya con el estudio del principio de legitimación y sus aplicaciones en nuestro Derecho para llegar a la conclusión de que tampoco de esta exposición se deducen argumentos favorables a la tesis de que la simple anotación de demanda puede enervar el procedimiento especial ejecutivo del artículo 41.

Este principio de legitimación es proclamado abiertamente en la nueva Ley Hipotecaria. A él se refieren principalmente el párrafo tercero del artículo 1.º, el artículo 38 y el artículo 97, en cuanto a su esencia o contenido sustancial, y el artículo 41, entre otros, en cuanto a su desarrollo y efectos prácticos.

De éstos artículos se deduce que el registro se presumirá exacto e íntegro; que el derecho inscrito existe y pertenece al titular; que los asientos del registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley.

Pues bien: no podrá decirse que es exacto e íntegro si se le restan estos efectos legitimadores.

No podrá decirse que el asiento que no ha sido declarado inexacto (lo que sólo podrá hacerse por consentimiento del titular o por sentencia judicial) produce todos sus efectos si se le arrebatan éstos tan interesantes por la sola anotación de la demanda.

No; si esa tesis prospera, habremos acabado con el principio de legitimación y con todas sus consecuencias favorables. Que la fuerza legitimadora de la inscripción emana de ella como un atributo de su existencia y de ella es inseparable mientras existe y en tanto subsiste.

Por ello ha podido decir Sanz: «Se presume, con presunción *juris tantum*, la veracidad del registro, y, por tanto, quien se oponga a lo que resulte de sus asientos debe probar la inexactitud de éstos y provocar su rectificación.»

«Esta presunción legitimadora permite a los asientos favorecidos con ella mantener un estado de derecho firme mientras el asiento subsista.

sentencias en las que se rechaza el procedimiento de ejecución hipotecaria contenido en ese artículo 41 a base de esta opinión de La Rica.

En ellas, poco más o menos, se dice: "Considerando que el tratadista Sr. La Rica, en sus comentarios al Reglamento Hipotecario, sostiene que la anotación de demanda deja inerte o impracticable el procedimiento de ejecución hipotecaria establecido en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria "

Volvemos, sin duda, a los criterios de autoridad. Parece que estamos aún en los tiempos de la Ley de Citas cuando aquellos famosos

---

Tal estado sólo puede ser rectificado o por el consentimiento de los interesados o por resolución judicial.»

Mientras subsista — nos dice — producirá todos sus efectos, y entre ellos — decimos nosotros — ese de poder utilizar este procedimiento de ejecución.

El estado de derecho que la inscripción entraña sólo podrá ser modificado por el consentimiento de las partes o por resolución judicial. ¿Cómo, pues, sostener que también modifica estos efectos legitimadores la simple anotación de la demanda, que es una medida provisional que puede fracasar?

No es extraño, por ello, que nos haya dicho el Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de noviembre de 1944, que la «inscripción no convalida el título que llega al registro con vicio de nulidad, pero acrecienta su valoración en relación con los especiales efectos que señalan los artículos 24, 41 y 82».

Es decir, que la inscripción que no puede darle al título la validez que no tiene le da esa fuerza legitimadora que desarrollan esos artículos. Y si un título viciado de nulidad surte esos efectos, ¿cómo no los ha de surtir el que esté afectado por una simple anotación de demanda?

Es más: la resolución de 8 de mayo de 1946, insistiendo en esta doctrina, ha podido decir: «los asientos registrables están bajo la salvaguardia de los Tribunales y, acertada o erróneamente extendidos, producen *todos sus efectos* mientras no se declare *judicialmente su nulidad*».

*Todos sus efectos*; también, por tanto, ese efecto singular que consagra el artículo 41 mientras los Tribunales no declaren su nulidad.

¿Y es que esa simple anotación de demanda puede equipararse a la declaración de nulidad...?

Llegamos ya al punto crucial de nuestra exposición y tócanos ahora concretar el sentido y alcance de esas palabras del artículo 41: «siempre que por certificación del registro se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente».

A nuestro entender es bien fácil penetrar en su sentido.

Hay que tener en cuenta que todas esas palabras de la frase forman un todo armónico, y léidas directamente, «sin prejuicio jurídico alguno», se

juristas decían el Derecho. Tenían lo que se llamó el *jus respondendi*.

Decimos esto porque el criterio de Roca Sastre, en cuanto al problema que nos ocupa, expuesto sin razones que lo avalen, y el de La Rica, coincidente con él, ayuno también de fundamentos, han sido aceptados como pan bendito.

Y, la verdad, aunque las razones de este modesto contrincante sean de poca monta, no estaría de más que se hubiesen analizado. Así, creo yo, que lo exigían la nobleza de la causa que defiende y hasta la seriedad de la polémica.

Conste que no lo siento por mí. Lo siento por mi Dulcinea, que es el Registro, herido, a mi modo de ver, en uno de sus pilares más sólidos con esta limitación que quiere imponérsele.

Digo, parangonando un famoso hipotecarista: Hoy por hoy, el artículo 41 es la Ley Hipotecaria. Esta no podrá tener eficacia si sus defensas, entre las cuales tengo por la más importante la contenida en esta disposición no actúan.

Lo digo yo, que pasé una gran parte de mi vida por esos pueblos de Dios defendiendo la inscripción y sus prerrogativas.

llega necesariamente a la conclusión de que lo que se ha de acreditar por la certificación del registro es la *vigencia* del asiento. En una palabra, que la que no puede estar contradicha es esa *vigencia*.

Esta interpretación responde, además, a los precedentes.

No podemos olvidar que el artículo 2.056 de la Ley de Enjuiciamiento civil, precedente inmediato de los artículos reglamentarios que después desarrollaron este procedimiento del artículo 41, nos hablaba de «una certificación del registro de la cual resulte que en *aquella fecha* el solicitante tiene con respecto a la finca el carácter con que la solicita». En otros términos, que la inscripción está *vigente*.

Todos los Registradores sabemos que en esas certificaciones expedidas a los efectos de tal procedimiento se hacía constar siempre la vigencia de la inscripción.

Era, pues, no sólo la inscripción, sino también su vigencia lo que se había de acreditar de modo que no ofreciese dudas. ¿Y es que puede sostenerse que la inscripción ha perdido su vigencia porque sobre ella se tome una anotación de demanda?

Nosotros teníamos por cierto que esa vigencia de la inscripción sólo está contradicha en los siguientes casos: a) Cuando existen otras inscripciones contradictorias y aún los Tribunales no han decidido cuál debe mantenerse; b) Cuando la inscripción ha caducado, pero aún no está cancelada, y c) Cuando se ha dictado sentencia de nulidad o de rectificación de la inscripción y dicha sentencia ha sido presentada en el Diario.»

Y lo digo ahora, que por la nueva redacción del artículo 41, si con una miedosa interpretación no se cortan sus alas, podía éste ser un acicate precioso que estimulase la inscripción en regiones donde, sistemáticamente, deja de practicarse.

Por eso les digo a Roca y a La Rica: Con esa interpretación, hábilmente aprovechada por la picaresca judicial, ¿no estaréis acabando con las virtudes y defensas del artículo 41?

Dura cosa es tener que defender la inscripción y sus privilegios y efectos. Hay en el Derecho Mercantil preceptos destinados a defender el comercio, mucho más revolucionarios y valientes que lo que en la legislación Hipotecaria tienden a defender la inscripción y, por ende, el crédito territorial, y nadie los discute, ni se mesa los cabellos por su permanencia en el Código, pero, en cambio, en cuanto la técnica hipotecaria quiere hacer pinitos, surgen todas las vestales de la juricidad, se alborotan todas las aguas, se asustan los que de buena fe defienden la inscripción y sus prerrogativas, y el retroceso se impone.

Pero ¿qué? ¿No es la prescripción, a la vez que una necesidad, un robo?

Pues entonces, ¿por qué el Registro, que en gracia a la seguridad de las relaciones sobre inmuebles, base del crédito, tiene que prescindir, en contadas ocasiones de alguna exquisitez moral, es atacado sin piedad?

Y lo malo no es que se le ataque desde fuera, sino que falte la debida defensa desde dentro por los Registradores más ilustres, que al señalar la anotación de demanda como causa de contradicción de vigencia del asiento, acaso no hayan meditado en las consecuencias de una afirmación *ad esemplum* (1).

JOSÉ AZPIAZU RUIZ

Registrador de la Propiedad.

---

(1) Dicen que quien tiene un amigo tiene una muralla, y como me tengo por gran amigo del autor de este artículo, lógicamente resulta que tengo una muralla defensiva para alguna acción contundente y posible por este allanamiento de morada que vulgarizó anteriormente un ilustre Notario madrileño. Es el caso que quiero echar mi cuarto a espadas, y pareciéndome excesivamente corta la notita que nos ha colocado el amigo Azpiazu, amaño esta otra para indagar si a fuerza de notas nos hacemos notar, más que por lo que digamos, por lo que no digamos y por el propio convencimiento de los juzgadores, adquirido a fuerza de argumentos y de cavilaciones y sin desechar con ligereza posibilidades latentes.

...Efectivamente, los criterios de autoridad tienen una gran fuerza de atracción como imanes gigantescos, especialmente para los juzgadores interinos. No hace mucho un profesional, Notario por más señas, en un procedimiento incoado al amparo del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en un Juzgado de la provincia de ..., se ha visto sorprendido con un considerando que dice, poco más o menos: «Considerando que entre las varias opiniones exteriorizadas en esta materia nos adherimos a la de D. Angel Sanz Fernández, vocal de la Comisión redactora de la Ley...» Claro que si D. Angel Sanz Fernández hubiera sostenido las opiniones que a continuación se exponen en la resolución, con toda seguridad no hubiera sido Notario, ni de Madrid, ni de ninguna otra parte, y mucho menos vocal de la Comisión redactora de la Ley. Al criterio de autoridad hay que entenderle, copiarle y seguirle fielmente, sin afianzar sus autorizadísimas opiniones con otros argumentos extraños y sorprendentes; dicho sea con todos los debidos respetos y simplemente en defensa del artículo 41 de nuestra Ley Hipotecaria a efectos doctrinales.

En cuanto a las anotaciones de demanda, en una nota de la página 246 del número 239 de esta REVISTA, de abril de 1948, hice constar: «... cree La Rica que la anotación de demanda, en ciertos casos, pone en entredicho la vigencia de la inscripción. Hay que aclarar que *sólo respecto al anotante*, porque esta anotación creo que no contradice el derecho ni la vigencia del asiento respecto a cualquier otro perturbador y que contra este perturbador, persona distinta del anotante, puede iniciarse el procedimiento». La situación es la siguiente: Gómez es titular registral; Pérez tiene anotada una demanda contra Gómez en que ejercita la acción reivindicatoria, pero García se entretiene en perturbar a Gómez. Yo no veo la razón jurídica que impida que Gómez incoe el procedimiento contra García, ni siquiera en el caso de que haya discordancia entre el Registro y la realidad jurídica, porque gane Gómez o Pérez, lo cierto es que García es un perturbador a quien no se deben guardar consideraciones, y en el caso peor, Pérez, ganancioso, vería su finca libre de perturbadores.

Conformes con que las anotaciones de demanda tienen por objeto guardar un puesto al derecho en litigio o asegurar las resultas del juicio, pero su contenido puede alcanzar gran variedad de casos y matices, según el artículo 42 de la Ley. Entre estos casos hay algunos que no significan, ni poco ni mucho, contradicción de la vigencia del asiento. Ejemplos: Demanda de reconocimiento o establecimiento de servidumbre de acueducto, luces o vistas, etc., cuando la perturbación consiste en labrar tierra sembrando calabazas o en disfrutar por las buenas de los frutos de los árboles; demanda de reconocimiento de un censo en metálico, cuando la perturbación consiste en organizar un baile todos los domingos en la finca. Los casos se podrían multiplicar hasta el infinito o un poco más acá, pero no mucho, y en todos ellos confieso no se me alcanza por qué la anotación de la demanda impide el ejercicio de acciones reales derivadas de derechos inscritos.

Ello significa que hay que hacer una escala valorativa que comience

con la anotación de demanda de propiedad a favor del supuesto perturbador, continúe con esta misma demanda anotada a favor de persona distinta del perturbador, y previos incontables escalones, concluya con la anotación de demanda de derechos que nada tienen que ver con la vigencia del asiento. Además, conviene valorar si la misma demanda de propiedad a favor del supuesto perturbador significa o no la *contradicción alguna* exigida por la Ley como causa bastante obstativa. Mientras no se falle el pleito, la anotación, al fin y al cabo, no es más que una garantía a favor del demandante, pero nada prejuzga, ni priva de facultades al demandando, titular inscrito, como afirma rotundamente Azpiazu. En el mejor de los casos, el 50 por 100 de probabilidades corresponde a cada *combatiente*, y las palabras *sin contradicción alguna* de ningún modo pueden significar que baste un 10 por 100 de contradicción para detener la acción del titular registral. Por el contrario, la contradicción tiene que ser *total* de la vigencia del asiento y la palabra *alguna* ha de referirse a una contradicción de las varias que pueden existir con el asiento.

De ello deducimos que conviene realizar un nuevo análisis y señalar las posibles causas de contradicción de un asiento vigente. Varias señala la precedente nota, pero hay más. La máxima contradicción es fácil de concretar; la doble inscripción de finca a favor de distintos titulares que inexorablemente tiene que paralizar las defensas del sistema y dejar el campo libre a los Tribunales para que decidan cuál ha de cancelarse y cuál ha de subsistir. Otra contradicción puede proceder del mismo derecho inscrito que resulte del asiento correspondiente y que se exteriorice mediante una condición, un plazo, etc., que impida al titular ejercitar acciones reales. Nuevo estudio y nuevas cavilaciones.

Lo expuesto demuestra que los criterios de autoridad no son absolutos y no deben ser adorados como dogmas, y sin enfurruñarse, cabe llevar el convencimiento a los juzgadores de que cuando no está vigente el *ius respondendi* queda muy lejos el año 426 y anda algo desprestigiado Valentiniano III al señalar en su Ley de Citas a Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino como modelos de claridad en sus opiniones, lo más prudente es admirar el talento, la cultura y el esfuerzo de nuestros grandes juristas, comprenderles, poner gran empeño en formar un juicio propio y concretar el problema hasta dejarle lo más claro posible, porque de esta manera puede llegarse al convencimiento de si el caso de autos es precisamente aquel al que se ha referido la opinión consultada o si es distinto o tiene matices no percibidos por el autor o circunstancias que impiden el mismo tratamiento. En caso contrario, el criterio de autoridad encubriría abstención de discurrir comodidad y un sistema censurable de salir del paso con poco esfuerzo personal.

El consejo anterior es para... quien lo necesite, y el consejero reconoce que ha acudido donde no le llaman y se ha metido donde no debió meterse y no le queda más remedio que saltar limpiamente la muralla que hasta ahora fué su protectora.—P. C.»

# Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

REGISTRO MERCANTIL.—INSCRIPCIÓN DE PODER.

*Resolución de 6 de diciembre de 1947 (Boletín Oficial de 1 de octubre de 1948).*

Ante el encargado consular de España en Bruselas comparecieron dos señores de nacionalidad belga que después de exponer que actuaban en calidad de Gerentes de la Sociedad en comandita simple "Solvay y Compañía", y como tales tenían conjuntamente los poderes necesarios para obligar a la Sociedad de la manera más amplia, especialmente para hipotecar los inmuebles de la misma, levantar trabas, enajenar bienes raíces distintos de las fábricas y concesiones de la Compañía y para dar a los agentes de éste los poderes que juzgaran conveniente, según todo ello resultaba de dos actas de la Junta general de socios autorizados por sendos Notarios de Bruselas, por los que parte de los Estatutos sociales quedaron redactados de forma que acreditaba la facultad de los comparecientes como ha quedado relacionado, salvo un apartado.—copiamos nosotros—que dice así:

"Sin embargo, la Gerencia debe consultar al Consejo de Inspección para la constitución de Sociedades u organismos financieros, o para tomar participaciones en dichas sociedades u organismos"; antes nuestro encargado consular de Bruselas, repetimos, comparecieron los indicados señores añadiendo a lo expuesto que en 4 de marzo de 1942 habían conferido poder con amplias facultades a D. Norberto Fonthier. Director general para España de la Sociedad Solvay, pero que dado el restablecimiento de las comunicaciones entre Bélgica y España estimaban que debían limitar, en lo sucesivo, tales facultades, a cuyo efecto revocando el poder conferido por la referida escritura de 4 de marzo

de 1942, y como Gerentes de la Sociedad otorgaban al Sr. Fonthier nuevo poder facultándole expresamente para "dar instrucciones a los dirigentes y al personal de los establecimientos (fábricas, oficinas comerciales, depósitos, etc.) de la Sociedad, situados en España, respecto a la marcha y a la administración de los mismos; realizar cualesquiera actos comprendidos en la administración diaria de dichos establecimientos y, especialmente, firmar la correspondencia; contratar y despedir al personal empleado y obrero; comprar las primeras materias, materiales, aparatos y máquinas, necesarias a los establecimientos; estipular y rescindir contratos a este efecto; vender los productos, así como los materiales, aparatos y máquinas usadas o de desecho; cobrar su precio contra recibos; librar, endosar, aceptar, pagar y cobrar letras de cambio, pagarés a la orden, cheques y, en general, toda clase de efectos de comercio; estipular hipotecas en beneficio de la Sociedad; renunciar a ellas siempre que el total de las cantidades garantizadas no pase de trecientas mil pesetas; firmar contratos de empresa o de transporte y documentos relativos a los mismos; tratar con las administraciones de ferrocarriles, especialmente para cuanto se relacione con los empalmes, tarifas y material; adquirir los inmuebles, terrenos y construcciones que juzguen necesario; estipular y rescindir contratos de alquiler y arrendamiento; vender o permutar los terrenos que la Sociedad posee o pueda poseer en España, siempre que el valor de los terrenos que constituyan el objeto de la venta o de la permuta no pase de trescientas mil pesetas; estipular servidumbres en beneficio de la Sociedad y renunciar a las mismas; mantener o hacer abrir en cualesquiera Bancos situados en España una o varias cuentas a nombre de "Solvay y Compañía—Dirección General—", de las cuales podrá efectuar detracciones con su firma sola; disponer de las cantidades que figuren en dichas cuentas a nombre de "Solvay y Compañía, Dirección General", con el fin de efectuar por cuenta de la Sociedad "Solvay et Compagnie" cualesquiera operaciones de inversión en general, y especialmente, comprar inmuebles situados en España; comprar títulos o derechos de suscripción y participar en suscripciones de acciones nuevas; vender cualesquiera títulos que la Sociedad "Solvay y Compañía" posee o pueda poseer en España; representar a la Sociedad en sus relaciones con el Gobierno español y los distintos Centros administrativos públicos o privados donde quiera que las circunstancias lo exijan; en caso de dificultades por parte de cualesquiera personas o a falta de pago por parte de cualesquiera deudores;

practicar todas las demandas, apremios y diligencias necesarios; hacer intimaciones y requerimientos; citar y comparecer ante cualesquiera jueces y Tribunales competentes; obtener fallos y sentencias, hacerlo cumplir por todas las vías legales; practicar embargos mobiliarios o inmobiliarios; desistir de ellos y llevarlos a cabo; hacer transacciones, siempre que el importe de lo cuestionado no exceda de trescientas mil pesetas; declarar los créditos de la Sociedad en todos los casos de quiebras y citaciones, contribuciones y distribuciones; constituir árbitros que juzguen en términos legales o como amigables componedores; exigir cantidades debidas por cualquier título que sea; cobrar sus intereses; retirar depósitos y fianzas; dar u obtener recibos y descargos de las cantidades recibidas o pagadas; consentir levantamiento de trabas con desistimiento de privilegio, hipoteca y acción resolutoria; consentir desistimientos, cesiones, restricciones y trasposos de cualesquiera oposiciones, embargos, intimaciones e inscripciones hipotecarias, de inscripciones de fianzas o de otra índole; todo ello con comprobación de pago o sin ella; a los efectos antedichos, otorgar y firmar escrituras y actas; elegir domicilio, dar poderes, especialmente a abogados y procuradores; nombrar peritos; sustituir en una o varias personas la totalidad o parte de los presentes poderes; revocar mandatos y sustituciones y, en general, hacer cuanto el mandatario juzgue útil y necesario, con promesa de ratificación”.

Presentada primera copia de la referida escritura en el Registro Mercantil de Santander causó la siguiente nota: “Suspendida la inscripción del documento que precede por no acreditarse que los otorgantes estén autorizados para revocar y dar el poder con las facultades que expresan, no siendo suficiente la simple cita de dos actas, ni las que a éste se atribuye de contener los artículos que se indica de los estatutos; es necesario testimonio de lo pertinente de los estatutos—con indicación de que lo omitido no se opone, no restringe, ni modifica lo transcrito—, en que conste:

1.º Que los otorgantes son Gerentes de la Sociedad X.

2.º Las facultades asignadas a los Gerentes; caso de que tales facultades estén dadas o ampliadas por acuerdo de órgano competente, hay que testimoniar además el certificado de ese acuerdo o acuerdos”.

Interpuesto recurso por el Sr. Fonthier en el que, entre otras cosas, alegó que con el fin de desvanecer toda posible duda en cuanto a la autenticidad de la transcripción de los artículos estatutarios, se aportó

al Registro un testimonio expedido por el Notario de Torrelavega, don Tomás Ordóñez, en el que después de reproducir los artículos 4, 10 y 11, declara dicho Notario, "que los artículos testimoniados convienen literalmente con los testimonios fehacientes de los mismos Estatutos que ha tenido presentes, no estando las facultades contenidas en los mismos limitadas, disminuídas, modificadas, condicionadas ni restringidas por los demás, que dichos Estatutos contienen, según se deduce claramente de los mismos testimonios"; el Registrador dictó acuerdo por el que, dado que el testimonio precedentemente expresado transcribe los artículos 4, 10 y 11 de los Estatutos, revoca en parte la nota recurrida, manteniéndola en lo siguiente: Primero, firmar contratos de empresa, comprar títulos o derechos de suscripción y participar en suscripciones de acciones nuevas sin consultar al Consejo de Inspección; segundo, adquirir inmuebles y construcciones; tercero, comprar títulos o derechos de suscripción que no impliquen constitución de sociedades u organismos financieros; cuarto, vender títulos que la Sociedad posea en España; quinto, hacer transacciones o constituir árbitros; sexto, renunciar hipotecas, servidumbres, desistir de privilegio y de acción resolutoria—;

La Dirección, con revocación parcial del acuerdo apelado, declara que la escritura calificada sólo adolece de los defectos definitivamente señalados en los números 1.º y 5.º del referido acuerdo, en méritos de la ponderada y brillante doctrina siguiente:

Que las dificultades planteadas en este recurso nacen principalmente de la circunstancia de tener que poner en relación la técnica mercantil española con un derecho extranjero en un negocio jurídico en el que intervienen los órganos de una Sociedad en comandita simple, de nacionalidad belga, para delegar determinadas facultades de los Gerentes de la empresa en favor de su Director general en España.

Respecto del primer defecto mantenido en el acuerdo, que el párrafo final del artículo 10 de los Estatutos Sociales establece que la Gerencia deberá consultar al Consejo de Inspección para la constitución de Sociedades u organismos financieros o para tomar participaciones en los mismos, palabras que revelan claramente que el fenómeno frecuente en la vida mercantil de creación de filiales y de compra de títulos o acciones representativas del capital de otras empresas fué previsto y permitido en el acto fundacional de la Sociedad, si bien se subordinó su eficaz ejercicio a lo que decidiera dicho Consejo, que inexcusablemente

debería ser consultado, con lo cual, y si las facultades de los Gerentes pueden delegarse en su apoderado, como de modo expreso establecen los Estatutos de "Solvay y Compañía", tal delegación, lógica y jurídicamente, no puede traspasar las atribuciones que estatutariamente o por acuerdos posteriores correspondan a los Gerentes, y no resulta admisible que merced al poder objeto del recurso el Director general para España-pueda, sin consultar al repetido Consejo, realizar por sí solo operaciones que sus poderdantes no podrían válidamente llevar a cabo.

Respecto al problema a que se contrae el número 3.º del acuerdo, íntimamente relacionado con el anteriormente examinado, que los Gerentes tienen en los Estatutos "los más amplios poderes para la gestión de los asuntos sociales", y, además, es criterio doctrinal estimar que los socios colectivos puedan efectuar todas aquellas operaciones normalmente comprendidas en el tráfico de la empresa que no les hayan sido prohibidas, por todo lo cual es infundado sostener que los Gerentes no puedan comprar títulos o derechos de suscripción, que no impliquen la constitución de Sociedades u otros organismos financieros, bien por sí mismos, bien por mediación de los Directores en quienes deleguen.

Que la adquisición de inmuebles y construcciones, si bien reviste indudable trascendencia desde el punto de vista patrimonial, en el caso discutido, debidamente interpretados los artículos aplicables de los Estatutos, ha de reputarse facultad de la Gerencia, en cuanto pueda ser propuesto para el desenvolvimiento del negocio y más adecuada realización del objeto social y por tener un menor alcance económico que contraer préstamos, hipotecar los bienes de la Sociedad, enajenar cualesquiera inmuebles de la misma o cancelar cargas, actos para los cuales están expresamente autorizados los Gerentes.

En lo relativo a la venta de títulos que la Sociedad posea en España, que si el poder dispositivo necesario para verificar válidamente tales enajenaciones ha de entenderse referido a los denominados títulos-valores, aparte de la deficiente terminología empleada, no parece presumible que se haya pretendido privar a la Delegación española de atribuciones necesarias para realizar estas operaciones mercantiles, atendido el criterio de amplia libertad que informa el artículo 118 del Código de Comercio y siempre que se observen los requisitos de carácter general adoptados por las legislaciones para defensa de los propios intereses sociales, de los terceros y de los acreedores de la empresa.

Que la transacción como contrato implica un acuerdo de voluntades

entre las partes para zanjar las diferencias existentes entre ellas y evita que surja un pleito o pone fin al que había comenzado, cuando es pura tiene un carácter declarativo de la propiedad, no traslativo ni constitutivo de derechos, goza de la autoridad de cosa juzgada, requiere plena disposición del objeto a que afecta y, si no se realiza por el propio titular, mandato expreso de éste, de lo cual se infiere que por no resultar atribuida estatutariamente a los Gerentes la facultad de transigir ni de comprometer en árbitros o amigables componedores, el poder otorgado por ellos adolece del defecto señalado por el Registrador en el número 5.º del acuerdo.

Respecto del último extremo de la calificación, que entre otras facultades concedidas a los Gerentes en el citado artículo 10 figura la de consentir "el levantamiento de trabas", palabras que aunque no sean de absoluta precisión cuando se traten de armonizar con nuestro sistema inmobiliario, revelan que en el momento fundacional de la Sociedad se quiso incluir en ese amplio concepto la renuncia o cancelación de hipotecas, porque con éstas se extingue un derecho real inmobiliario y la legislación belga exige al efecto la misma capacidad que para enajenar inmuebles, pues si bien algunos autores afirman que es suficiente la capacidad necesaria para enajenar bienes muebles, porque sólo se dispone del crédito asegurado con la hipoteca, es más generalizada la opinión que ve como primordial objeto de dicho acto liberatorio, la extinción del Derecho real, criterio más adaptado a nuestra legislación, en la cual hipoteca constituye un gravamen o traba que, sin implicar de momento restricción dominical, merma el valor económico del inmueble y actúa enérgicamente sobre el mismo en el caso de impago de la obligación garantizada.

Que esta misma idea de gravamen destaca especialmente en el derecho real de servidumbre, definido en atención a su aspecto pasivo por el artículo 530 de nuestro Código civil, debiendo estimarse, por consiguiente, comprendidas en la locución "levantamiento de trabas", tanto su renuncia como su cancelación; e igual razonamiento cabría hacer en el supuesto de las renunciaciones del privilegio y acción resolutoria, porque estos términos responden a exigencias del sistema inmobiliario belga, en el cual el privilegio se halla bien delimitado y su renuncia lleva implícita la de la acción resolutoria.

Nuestro total asentimiento a la doctrina sentada por la Resolución precedente nos exime de todo comentario, pero la alusión que en la misma se hace al *privilegio* nos invita a una ligera digresión—según es obligado en el marco de esta sección—sobre tan sutil y sugestiva materia.

Los romanos concibieron el privilegio como derechos de preferencia excepcionales del derecho común: *privata lex*. Su existencia radicaba en la *causa* del crédito o en la *condición jurídica* del acreedor, independientemente de la fecha del crédito, lo que en un principio produjo el efecto de encontrarse sólo entre los acreedores quirografarios. Pero a partir de cierta época, esta teoría de los privilegios fué transportada a las hipotecas, de suerte que en adelante, a la vez que el privilegio existía entre acreedores quirografarios, privilegios *inter personales acciones*, alentaba igualmente entre los acreedores hipotecarios, lo que se traducía en la aparición, al parecer, de *hipotecas privilegiadas*.

Ahora bien: en uno y otro caso, el privilegio no es un derecho romano, sino un *derecho accesorio y excepcional de preferencia*. Por ello, acaso no sea de ninguna utilidad práctica cuando la hipoteca que la ley declara privilegiada es una hipoteca tácita acordada por ella misma: poco importa que se diga que es la hipoteca a la cual se une el privilegio o que es el privilegio afectando resueltamente la cosa; en los dos casos la ley acuerda de consuno, de su propia autoridad, privilegio e hipoteca.

Pero cuando el privilegio se encuentra unido o en presencia de una hipoteca convencional, la pregunta surge inevitablemente: ¿puede tal hipoteca declararse privilegiada?

Sabemos que sólo la ley o la costumbre pueden crear privilegios, y esta regla es esencial en derecho. Si el privilegio fuera un derecho real por naturaleza, no podría, evidentemente, hablarse de hipotecas convencionales privilegiadas; habría una verdadera contradicción de términos. Los textos nos presentan numerosos casos en los cuales a una hipoteca convencional ha unido la ley un privilegio. Pero no por ello el privilegio ha devenido derecho real; pasando del orden de los acreedores quirografarios al de los hipotecarios, sino que ha quedado en lo que era: en derecho de preferencia fundado bien en la cualidad del crédito o en la condición jurídica del acreedor.

Es decir, que la ley podía unir el privilegio tanto a un crédito puro y simple como a un crédito hipotecario, importando poco en uno y

otro caso que el crédito declarado privilegiado nazca de la voluntad de las partes hasta en la misma convención que ha creado la hipoteca que como caso, sin duda sorprendente, proclama la ley privilegiada, o resulte de la propia autoridad de aquélla, como consecuencia de una situación que impone (tutela, por ejemplo).

El sistema es, sin duda, lógico y el paralelismo entre las dos hipótesis, chocante (*frappant*). (Véase Poplawski. *La notion de privilège en Droit romain et en Droit civil français. Etude historique et critique*. Bordeaux, 1913).

No es este lugar de seguir al eminente civilista francés en cuestión tan erizada de dificultades. Si diremos que verdadero derecho real—el privilegio—con rango de preferencia aún a las hipotecas anteriormente constituídas, en el antiguo derecho de la Nación vecina, la segunda y última de las grandes leyes hipotecarias del período intermedio, la del II Brumario del año VII, formula en su artículo 1.º una definición del privilegio de influencia—en nuestro entender—decisiva en la doctrina. Dice ese artículo: “La hipoteca es un derecho real sobre los inmuebles afectados al pago de una obligación. El privilegio sobre los inmuebles es el derecho a ser preferido a otros acreedores, aun anteriores en hipoteca.” Esto es, que según esta ley, el privilegio sobre los inmuebles no es otra cosa, por su propia naturaleza, sino una *hipoteca privilegiada*. Por ello el artículo 11 de la misma ley expresa que hay privilegio sobre los inmuebles *sin necesidad de inscripción*. . (no viene al caso su enumeración).

Y en el Code, por influencia de Domat, que tanto contribuyó a su definitiva redacción, se da una definición—artículo 2.095—muy parecida a aquélla, cuya exégesis es tan múltiple como abundantes y sutiles son los comentaristas del más grande de los legados del Emperador, desde Aubry et Rau, Planiol, Ripert et Becquè, Colin et Capitant y el citado Poplawski a Bonnecase, para lo cual el privilegio no es un derecho, sino una cualidad, o mejor todavía, una “propiedad” inherente bien de un derecho de crédito o de un derecho de garantía. (Supplement al *Traité Theorique et Pratique de Droit Civil*, de Baudry-Lacantinerie. Sirey, 1930).

Y en nuestro derecho, ¿qué es el *privilegio*?, ¿existe el *privilegio*?

Las partidas lo definían diciendo que es “Ley que es dada o otorgada del Rey apartadamente a algún lugar o algún ome para facerle bien o merced”. P. 3-18-3.

Y uno de nuestros actuales valores civilísticos, el profesor D. Federico de Castro, lo define "como una regla jurídica, cuyos caracteres distintivos se encuentran en su significado restringido, individualizado, en ser una norma excepcional y en estar unido a una determinada persona o cosa, respecto de la que crea inmediatamente una situación jurídica nueva y especial". (*Derecho Civil de España*. Tomo I. Parte general).

El maestro Castán, con referencia a la legislación anterior al Código civil, nos dice que solían clasificarse los créditos atendiendo a diversos motivos, entre los que incluía los de "el privilegio"... (*Derecho Civil*. Tomo II. Volumen II. 1939).

Concretándonos a nuestra técnica hipotecaria, al decir—artículo 159 de la actual ley— "que para que las hipotecas legales queden válidamente establecidas se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan", parece excluirlo.

Sin embargo, la propia ley—artículos 194 y 195—ratificando la anterior, consagra su existencia. Peligroso portillo que debiera haberse cerrado en la reforma.

¿Cómo calificar esta excepción *de derecho real o hipoteca privilegiada*?

Acaso recordando la noción romana, clásica, del privilegio, sea mejor considerarle como disposición excepcional de la ley acordada en consideración a determinados acreedores: el Estado, los aseguradores.

Porque otra cosa sería recaer en esos "elementos perturbadores", al decir de Planiol, Ripert et Becqué (*Traité pratique de Droit civil français*, tomo XII, 1927) que han oscurecido la noción del privilegio...

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico-administrativo Central de 28 de octubre de 1946.*

LOS MUNICIPIOS Y LAS PROVINCIAS, POR ESTAR EXENTOS DE LOS IMPUESTOS Y CONTRIBUCIONES DEL ESTADO, DISFRUTAN DEL BENEFICIO EN CUANTO AL DE DERECHOS REALES.

*Antecedentes.*—Vamos a dar con algún detalle el caso, porque, si no estamos equivocados, es la primera vez que llega al Tribunal Central el problema de la interpretación de la Ley de Bases de régimen local, de 17 de julio de 1945, y del Decreto que desarrolló la referente a la parte económica—que es la 21—, publicado el 25 de enero de 1946 con el título de Ordenación provisional de las Haciendas locales.

El 7 de junio de 1946 el Ayuntamiento de Palma de Mallorca presentó una certificación, haciendo constar que le pertenecía en pleno dominio determinada parcela de terreno, y la Oficina liquidadora aplicó el concepto «Informaciones» y giró la liquidación consiguiente.

La Alcaldía recurrió la liquidación, diciendo que la presentación se había hecho como trámite inexcusable para proceder a la inscripción del dominio en el Registro de la Propiedad, y que el acto estaba exento del impuesto, a tenor del artículo 218 del Decreto de 25 de enero de 1946, que dice que «los Municipios y Provincias estarán exentos del impuesto de Derechos reales por los actos y contratos en que intervengan, siempre que con arreglo a la Ley les fuera imputable el tributo, y en las adquisiciones de bienes de cualquier clase que realicen por donación, herencia o legado», cuyo texto concuerda con el del 3.º de los artículos de la Ley del Impuesto, que concede la exención de todos aquellos actos y contratos en cuyo favor se haya reconocido o se reconozca tal exención por leyes especiales.

El Tribunal provincial de Palma de Mallorca desestimó la reclamación, diciendo que si bien es verdad que el mencionado artículo 218 establece la exención a favor de los Ayuntamientos,

también lo es que la Ley del Impuesto, en su artículo 3.º, al enumerar los actos exentos, hace referencia a aquellos otros en cuyo favor se haya reconocido tal beneficio por leyes especiales, lo cual quiere decir que al no estar enumerado el acto en cuestión en ese artículo 3.º entre los exentos, necesita una ley especial en que así lo declare, y como el referido Decreto de 25 de enero de 1946 no tiene la categoría de ley, es claro que la exención de que se trata no es procedente.

Elevado el problema al Tribunal Central, éste revoca el acuerdo y anula la liquidación, declarando exento el acto.

Para ello argumenta de esta manera: después de reproducir los textos sobre la exención de la base primera de la Ley de 17 de julio de 1945 y del artículo 218 de la Ordenanza de 25 de enero de 1946, dice «que hay que reconocer que la exención a favor de los Municipios y las Provincias fué establecida de una manera general para todos los impuestos y contribuciones del Estado por la Ley de Bases mencionada, y que al reproducir el mismo precepto el artículo 218 del Decreto de 25 de enero de 1946, y especificar la extensión de la exención respecto de las diferentes contribuciones, disponiendo, en cuanto al de Derechos reales, que alcanzaría a los actos y contratos en que intervengan dichas Corporaciones siempre que con arreglo a la Ley les fuere imputable el tributo, no hizo tal Decreto otra cosa que reconocer la extensión de la exención establecida en la Ley de Bases y determinar los actos y contratos a que era aplicable el beneficio, y, por tanto, la exención de que ahora se trata debe estimarse establecida por una ley especial, como exige el artículo 3.º en su número 48—hoy el 51—de la reguladora del impuesto de Derechos reales».

En su consecuencia—termina diciendo la Resolución—, debe declararse aplicable la exención a la certificación de un Ayuntamiento para inscribir en el Registro de la Propiedad el dominio de una finca.

Los comentarios son innecesarios. El caso está perfectamente claro, y sólo es de destacar, como al principio indicábamos, que es el primero que llega al Tribunal sobre esa exención, la cual, en definitiva, queda para lo sucesivo fuera de discusión, porque, según él, la exención genérica de la Ley de Bases está particularizada con lo dispuesto en el Decreto de ordenación de las haciendas loca-

les y con ello cumplido el precepto del número 51 del actual Reglamento, que admite la exención de todos los actos y contratos a los que una ley especial así se lo haya reconocido.

*Resolución del Tribunal Económicoadministrativo Central de 28 de octubre de 1946.*

LA ADQUISICIÓN POR UNA COOPERATIVA DEL CAMPO DE FINCAS PARA PARCELARLAS Y REPARTIRLAS ENTRE SUS ASOCIADOS ESTÁ COMPRENDIDA EN LA EXENCIÓN DEL NÚMERO 9.º DEL ARTÍCULO 6.º DEL REGLAMENTO.

*Antecedentes.* — La Cooperativa del Campo de cierto pueblo compró por medio de escritura pública varias fincas para parcelarlas y repartirlas entre los cooperadores, y el liquidador liquidó el contrato como compra-venta.

La expresada entidad recurrió la liquidación por estimar el acto exento en virtud de que era la sucesora y continuadora del Sindicato agrícola de la misma localidad y estaba encuadrada en la Unión Territorial de Cooperativas del Campo, y, por tanto, le son aplicables las mismas exenciones que a los Sindicatos de aquella índole concedía la Ley de 28 de enero de 1906 y su Reglamento. Y aunque así no fuere, le alcanzaría el mismo beneficio por ser Cooperativa, a tenor del artículo 31 de la Ley de Cooperativas, de 2 de enero de 1942, la cual concede las mismas exenciones que dicha Ley de Sindicatos, y sin que, por otra parte, ofrezca duda que la parcelación de fincas entre los asociados sea uno de los fines que esa Ley de 1906 atribuye a los Sindicatos agrícolas, como lo reconoció la Real Orden de 13 de junio de 1929.

El Tribunal provincial desestimó el recurso, negando que la parcelación de tierras sea ninguno de los fines que la Ley de 1906 atribuye a los Sindicatos agrícolas, como ella exige para que la exención sea aplicable, ya que sólo se refiere a la roturación, explotación y saneamiento de terrenos incultos.

El Tribunal Central revoca el acuerdo del provincial y admite la exención.

Empieza por decir que la cuestión está en determinar cuáles actos están comprendidos entre los fines propios de los Sindicatos agrícolas, dado el texto de la Ley que los rige, que dice que entre esos fines se cuentan «la adquisición de abonos, plantas, semillas,

animales y demás elementos de la producción y el fomento agrícola o pecuario».

Eso supuesto, añade que las dudas alrededor de si la adquisición de fincas para parcelarlas entre los asociados estaba incluida entre los fines enumerados las resolvió el Tribunal Supremo en sentencia, entre otras, de 19 de febrero de 1929, diciéndolo que esas adquisiciones no eran de las enumeradas en la dicha ley; pero a partir de la Real Orden de 13 de junio de 1929 ya no es posible sostener ese criterio, porque dictada especialmente para dilucidar la contienda, hay que entender que ella tiene la categoría de precepto reglamentario de la Ley de 1906, y que, según ella entiende, la compra de tierras para parcelarlas es una finalidad comprendida en la Ley entre los elementos de producción, por lo cual la exención es aplicable.

Por fin añade que aun sin ese razonamiento también se da la exención en virtud del carácter de Cooperativa de la reclamante, puesto que la Ley que regular estas instituciones—la de 2 de enero de 1942—concede la exención en los mismos casos, haciendo referencia a la repetida Ley de Sindicatos agrícolas.

Por nuestra cuenta sólo hemos de decir que esta Resolución resuelve definitivamente la cuestión sobre si los actos dichos estaban o no exentos, o sea si podían considerarse como comprendidos en los fines propios de los Sindicatos, sobre lo cual la jurisprudencia aparecía vacilante.

*Resolución del Tribunal Económicoadministrativo Central de 29 de octubre de 1946.*

LA PETICIÓN DE DEVOLUCIÓN DE INGRESOS INDEBIDOS FUNDADA EN DUPLICACIÓN DE PAGO PRODUCIDA EN OFICINAS DE DISTINTA PROVINCIA, COMPETE RESOLVERLA AL DELEGADO DE AQUELLA EN QUE RADIQUE LA QUE HAYA PRACTICADO LA SEGUNDA LIQUIDACIÓN.

En dos testamentarias relacionadas se giraron liquidaciones; una, en Alcalá la Real, y otras posteriormente, en Sevilla, que en definitiva produjeron ciertas duplicaciones de pago.

Sus interesados pidieron la devolución correspondiente ante la Delegación de Hacienda de Sevilla, y ésta se declaró incompetente, y en definitiva, el Tribunal Central estimó que esa Delegación

y no la de Jaén era la competente para resolver, porque la Oficina de Sevilla era la que había girado las liquidaciones duplicadas.

*Resolución del Tribunal Económico-administrativo Central de 12 de noviembre de 1946.*

EL HECHO DE QUE EL ADQUIRENTE DE UN INMUEBLE SEA MENOR DE EDAD, NO IMPLICA POR SÍ QUE EXISTA UNA DONACIÓN PATERNA DEL METÁLICO NECESARIO PARA LA ADQUISICIÓN, PORQUE AUN EN EL SUPUESTO DE EXISTIR LA DONACIÓN, ÉSTA NO SERÍA LIQUIDABLE SIN LA EXISTENCIA DEL DOCUMENTO EN QUE SE HAGA CONSTAR, CUANDO EL HECHO TUVO LUGAR ANTES DE LA LEY DE 17 DE MARZO DE 1945.

Por escritura de 13 de enero de 1944, un padre y una hija, menor de edad, y emancipada por él en esa fecha, compraron, respectivamente, el usufructo y la nuda propiedad de una finca, confesando el vendedor haber recibido el precio de los vendedores con anterioridad al acto.

La Oficina liquidadora giró, además de las dos liquidaciones por concepto de compra-venta, otra por donación del padre a la hija sobre la base del precio que por ésta se decía entregado.

Reclamada esta última liquidación, se argumentó diciendo que no existía el menor indicio de la existencia de la donación; que los reclamantes se limitaban a negarla sin tener por qué aducir ni probar la causa de poseer la compradora el metálico importe del precio, cosa que corresponde al liquidador en virtud del principio de que al que afirma le incumbe probar; y en último término, aun aceptando a efectos polémicos que la donación hubiese existido, no sería liquidable, por ser verbal y estar exentos los contratos verbales, a tenor del artículo 6.º del Reglamento.

La reclamación la desestimó el Tribunal provincial, fundado en que para el Reglamento son inoperantes los defectos de fondo y forma que puedan presentar los actos, y como en la escritura no se declara la precedencia del dinero del precio, y, por otro lado, como el vendedor confiesa haberlo recibido con anterioridad a la emancipación, aun siendo de la exclusiva propiedad de la menor, es preciso dilucidar en qué concepto le poseía.

Así planteado el problema, son de aplicar los artículos 160 al 162 del Código civil, reguladores de los efectos de la patria potestad

sobre los bienes de los hijos no emancipados—sigue diciendo el Tribunal provincial—, y, por tanto, si el precio entregado por la menor fué parte integrante de bienes comprendidos en el 161, o sea que fué caudal de su padre, al permitir éste que la nuda propiedad de la casa comprada figure a nombre de la hija, ello equivale a la renuncia de su derecho en beneficio de la propia hija, puesto que el texto del artículo claramente dice que pertenece a los padres en propiedad y usufructo lo que el hijo adquiere con caudal de los mismos, y, en definitiva, tal renuncia encierra claramente el concepto de donación del artículo 618 del Código civil.

Refuerza el Tribunal su tesis invocando la sentencia de 14 de enero de 1861, según la cual no pueden estimarse como peculio adventicio los bienes que compre un hijo de familia si no prueba que ganó la cantidad con que los compró por su industria u otro de los modos que la ley determina, lo cual prueba que la presunción está en contra del hijo y a favor del tercero mientras la demostración no se haga, y tercero es el Estado en este caso para no sufrir el perjuicio de una exención fiscal injustificada.

Con esto llega la resolución a la consecuencia de que el liquidador no operó sobre una donación verbal, como se argumenta de contrario, sino que dando por hecho que el dinero lo poseía de antemano la menor, aplica rectamente el citado artículo 161, del que implícitamente surge la renuncia de la nuda propiedad hecha por el padre en favor de la hija.

El Tribunal Central revoca el acuerdo y anula la liquidación diciendo que no puede admitirse el acto deducido de donación ni simple ni remuneratoria, deducido, como el Reglamento exige, de una convención expresa pactada o de los principios del Derecho aplicados a las estipulaciones contractuales con recto criterio, a tenor del artículo 44 del Reglamento.

Por otra parte, ni el Código ni en las disposiciones reglamentarias hay precepto alguno que establezca presunción «*juris tantum*» acerca de la procedencia de los bienes que posean los hijos sometidos a la patria potestad y no emancipados, a los efectos de lo que el Código regula en cuanto a peculios en los artículos 160 y 161; por consiguiente, no hay términos hábiles para atribuirles una naturaleza determinada más bien que otra. Y en cuanto a la eficacia de la sentencia mencionada, dice que no tiene ninguna a efectos

fiscales, por ser anterior al Código y no tener apoyo en los preceptos de éste, sin perjuicio de la que pueda tener en una contienda judicial.

Dice después el Tribunal Central que, aun admitida la aludida pretensión, siempre resultaría que sobre tal metálico, como comprendido en el artículo 160 citado, tendría la menor propiedad al adquirir la nuda propiedad de la finca y no habría más que una sustitución de nuda propiedad del metálico por la de aquélla.

Por fin, entra la Resolución en el análisis del argumento de la exención, por tratarse de un acto de carácter verbal. Estima que la donación fué verbal y anterior al momento del otorgamiento de la escritura, y por serlo, y por tratarse de aplicación del Reglamento de 1941, está exenta, a tenor del número 5.º de su artículo 6.º, y añade: «sin que por tratarse de un acto causado con anterioridad a la Ley de 17 de marzo de 1945, haya que tener en cuenta lo dispuesto en su artículo 2.º en cuanto modifica la exención referida, limitándola a los contratos verbales cuando su cumplimiento no requiera que consten por escrito, cualquiera que sea la interpretación que haya de darse al nuevo precepto de la citada Ley de 1945».

*Comentarios.*—El fondo del asunto nos parece completamente claro, y perfectamente adaptada la Resolución del Tribunal Central al espíritu y a la letra del Reglamento de 1941 sobre la exención absoluta de los contratos y actos verbales propiamente dichos, e inconcusa la interpretación que da a la doctrina de los peculios en relación con el acto de que se trata. Pero, dicho esto, no debe pasarse en silencio lo que en último término dice, y nosotros dejamos entrecomillado, sobre esa exención con arreglo a la Ley de 1945 en su artículo 2.º, traducido e incorporado literalmente en el número 5.º de las exenciones del artículo 6.º del vigente Reglamento de 1947.

Dice, como hemos hecho notar, que en el anterior Reglamento era incuestionable la exención y que la modificación del 45 no es de tener en cuenta, porque el acto fué anterior a ella, y añade: «cualquiera que sea la interpretación que haya de darse al nuevo precepto de la ley de 1945», lo cual, en buena hermenéutica, es dejar en pie el alcance del nuevo número 5.º de las exenciones sobre los contratos verbales.

La consecuencia está patente: da el Tribunal claramente la sensación de no querer pronunciarse sobre el verdadero sentido del nuevo texto de ese número 5.º y de dejar en entredicho la interpretación que haya de dársele, porque, de lo contrario, lo lógico hubiera sido decir: la donación discutida, como verbal que es, está exenta por haberse causado bajo la vigencia del Reglamento de 1941, a diferencia de lo que hubiera ocurrido si le fuese de aplicación el nuevo texto del número 5.º del Reglamento de 1947.

Destacamos esta falta de precisión o esta vacilación del Tribunal en no pronunciarse decididamente con su autorizadísimo criterio sobre el verdadero sentido de la expresada modificación del texto reglamentario actual al decir que la exención solamente alcanza a aquellos cuyo «cumplimiento no requiera que consten por escrito».

Esta misma vacilación ya la observábamos y destacamos al reseñar en el número de agosto-septiembre de esta misma REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO la Resolución de 8 de octubre de 1946.

Y es de desear que el prestigioso Tribunal acabe por decidirse a expresar su autorizadísimo criterio sobre el caso, porque forzoso es reconocer que el texto de la exención sugiere serias dudas sobre su último alcance, porque decir que el contrato verbal está exento «cuando su cumplimiento no requiera que conste por escrito» es como ligar la validez del contrato a la forma escrita, y esto bien sabido es que es la excepción en nuestra ley civil.

Quede aquí la cuestión, a reserva de tratarla en punto aparte y no como apostilla a una Resolución, no sin dejar sentado que cualquiera que sea la amplitud de la tan repetida exención en el nuevo texto, éste no podría nunca ser obstáculo para declarar exenta la donación discutida, porque la donación de cosa mueble —en este caso, metálico—, con entrega simultánea de lo donado, es perfectamente válida y eficaz, según nos dice el artículo 632 del Código civil, y, por consiguiente, aun con el novísimo texto a la vista, sería indudable la exención en el caso concreto que la Resolución enjuició.

JOSÉ M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ - VILLAMIL,

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid

# V A R I A

*Legislación del Impuesto de Derechos reales y transmisión de bienes.—*

Respuestas a los 49 temas del programa de abril de 1948 para Registradores de la Propiedad. por D. Rafael Chinchilla Rueda, Registrador de la Propiedad.—Instituto Editorial Reus, 1948

No deja de ser muy curioso y halagador el panorama cultural que voy observando en el Cuerpo de Registradores. Aparecen nuevas firmas en los artículos de las revistas, con trabajos profundos y bien hilvanados y, sin contar a autores consagrados, que están en la memoria de todos, se imprimen obras que constituyen una sorpresa por el inesperado nombre que consta en la portada. Inesperado no quiere decir desconocido. Así sucede con este libro de Chinchilla, cuyo autor es conocido, científicamente por anteriores artículos publicados algunos en estas mismas páginas, y profesionalmente por su intensa labor en el desempeño de cargos directivos en el Colegio de Registradores, por su bien ganada fama de amigo de todos y por su eterna predisposición a entregar cuanto tiene, cuanto vale y cuanto puede en beneficio de la Institución registral en general y de sus compañeros en particular. El egoísmo nunca tuvo en él su asiento. Dichosos aquellos de quienes se puede decir siempre otro tanto.

Me creo liberado de ponderar sus dotes personales, porque el prologuista del libro, certeramente, esboza una semblanza exacta, y como maestro tiene autoridad y sagacidad más que suficiente para calar hondo en el autor y en el libro, siempre con la gran cordialidad con que se brinda a todo cuanto roce con los Registradores y sus problemas.

Por cierto que en el prólogo hay una apreciación personal, referida a la deficiencia de los cuestionarios anteriores, que parece indicar que para Rodríguez Villamil el actual cuestionario intenta superar los anteriores y presentar a la vista de los Registradores en ciernes, en esquema, el total contenido, formal y material, del Impuesto de Derechos

reales. Efectivamente, esta ha sido la intención de los reformadores y su labor habrá sido realizada con más o menos éxito, pero desde luego se puede apuntar uno positivo: la obra de Chinchilla.

Yo recuerdo, no con terror, pero sí con algún recelo y resquemor, mis primeros pasos en Oficina liquidadora. Llegué un día 24 por la mañana y, recién llegado, el oficial recibe un telegrama previniéndole de una inmediata desgracia familiar, que le obliga a salir precipitadamente. Y yo me encuentro con toda la documentación mensual en limpio, las cuentas sin hacer y varios documentos urgentes por liquidar, ayuno de práctica y casi, casi de teoría. Por únicas armas, la Ley y el Reglamento. ¡Cuánto hubiera dado yo por un libro como el de Chinchilla! Salí del paso con mucho sentido común, algo de instinto jurídico y una detenida lectura de los artículos que me parecieron aplicables. Acerté, pero puse a contribución mis nervios y mis facultades en tensión, que me hubiera evitado si mis contestaciones al programa no hubieran sido discos o artículos mal copiados y peor ordenados (1), que puestos a continuación de cada pregunta constituían los bien llamados apuntes. Eso sí, me sabía muy bien, de corrido y sin respirar, todos los actos sujetos y exentos.

Evitar situaciones semejantes fué la gran preocupación de los reformadores del programa y un gran acierto el haber sabido expresarlo de forma que los autores, deliberadamente, siguen la línea marcada y remachan el intento al publicar las contestaciones ajustándose a la letra y al espíritu del cuestionario. Si un cuestionario cuidadosamente estudiado ha dado por fruto las obras de Roca Sastre y Sanz en Derecho hipotecario, la de Castán en Derecho civil y la iniciada de Bergamo en Derecho mercantil, no había razón alguna para que fracasara una buena intención programática en las cuestiones relativas al Impuesto de Derechos reales.

Cuando se reúne cultura, inteligencia y voluntad, no cabe el fracaso, y la obra de Chinchilla así lo acredita. Es un modelo de Contestaciones que pisa las lindes de un Tratado, con los temas medidos y ajustados al tiempo de que dispone el opositor. Se aúnan la doctrina civil y el texto legal y se pretende aliviar la memoria mediante la adecuada sistematización, en grupos reducidos, de materias similares.

Vamos a espigar desordenadamente, eligiendo al azar.

(1) Naturalmente que había excepciones y apuntes muy aprovechables, pero los de menor número entre los editados.

Todo lo relativo a actos sujetos, exentos y no sujetos al pago del impuesto y la división de actos sujetos expresamente y actos deducidos o asimilados, objeto de dos temas del cuestionario, ha sido contemplado desde un punto de vista original y lógico y expuesto con claridad y precisión. El artículo 44 del Reglamento, cita obligada en la práctica para declarar los actos no sujetos al impuesto, es para Chinchilla la fuente, o mejor, la razón de surgir el acto sujeto o liquidable. Faceta positiva de este artículo, que se enlaza con la aparente contradicción que se ha creído ver existe entre los artículos 7 y 44 y que el autor rechaza, como repudia asimismo exista correlación entre ellos. A mi juicio, el programa no quiere el estudio conjunto de ambos preceptos. Simplemente quiere una especial atención, como en otros temas lo exige para otros artículos determinados.

La tradicional clasificación encaja en determinados artículos con preferencia a otros. Actos sujetos, artículo 5.º. Actos no sujetos (1), artículo 44, párrafo 1.º. Actos exentos, artículo 6.º. Actos asimilados, artículo 44, párrafo 2.º. Regla general, artículo 7.º; no hay más actos exentos que los del artículo 6.º Excepción: hay actos que no tributan, los que reúnan las condiciones del párrafo 1.º del artículo 44 y los que hayan pagado antes (artículo 43).

Ni correlación ni contradicción. Ambito distinto, pero necesidad de fijar la atención en estos artículos, de cotidiano manejo. Dentro de la imposibilidad de compartimientos estancos entre el articulado, pueden aislarse estos artículos como más *representativos*. De su estudio salen perfilados los conceptos de los distintos actos.

Estos actos o contratos se tratan procurando fijarlos en una definición, señalando sus características principales y las razones fiscales de sujeción, para dar una idea bastante acertada y completa de los respectivos temas.

Así, en las anotaciones preventivas, se estudian su concepto y clases y de la discutida supresión del aplazamiento de liquidación en las anotaciones de embargo decretadas de oficio en causas criminales, en el párrafo último del artículo 17 del Reglamento se razona su encasillado en los actos no sujetos, con argumentos sólidos.

Igualmente, el contrato de suministro, especie contractual de vida autónoma, es contemplado a través de las definiciones legales y juris-

(1) Sin perjuicio de que exista declaración especial de no sujeción en otros artículos; por ejemplo, en el número 29 del artículo 19.

prudencia del Tribunal Supremo y se centra su concepto en la seguridad de que en el momento oportuno podrá disponerse de las cosas que han de suministrarse, que es la causa jurídica verdadera del contrato.

En el examen de la transmisión de acciones, cuotas o participaciones sociales, noto una omisión que noblemente expongo: la referencia a la injusticia que representa tributen estas transmisiones cuando constan en documentos notariales, judiciales o administrativos y no tributen cuando media Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio. Tampoco existe planteamiento de la debatida cuestión acerca de si las cuotas o participaciones sociales están o no asimiladas a las acciones y obligaciones, ni examen de la diversa naturaleza de estas últimas. Claro que la extensión del tema impide se entre en profundas disquisiciones doctrinales.

El tema XXXVIII, que se refiere a las cargas deducibles, deudas deducibles y bajas de la base liquidable, es un modelo de concisión y claridad, y en el resumen de la discusión suscitada con motivo del contenido del último epígrafe, que versa sobre la existencia o inexistencia de acto liquidable cuando no proceda la deducción de deudas y exista en el documento adjudicación de bienes para pago de las deudas no deducidas, despliega Chinchilla tal exceso de facilidades de exposición y concreción, que causa asombro la sencillez con que está tratado problema tan espinoso.

La crítica de la naturaleza de la hipoteca que garantiza el pago aplazado de las liquidaciones, asimilada por el artículo 133 del Reglamento a la hipoteca legal a favor del Estado, con una confusión lamentable en un precepto reglamentario, pone de relieve la buena técnica hipotecaria, que por su profesión conoce el autor perfectamente.

En una breve nota es imposible recoger cuánto de bueno y acertado contienen las contestaciones a un cuestionario de 49 temas. Los opositores son los llamados a opinar como jueces indiscutibles, pero preveo que durante muchos años, salvo cambio de programa, la labor de Chinchilla perdurará como medio adecuado para preparar las oposiciones, como instrumento de trabajo de indudable utilidad en los primeros pasos de los triunfadores y aun para consultas rápidas en los futuros casos que se presenten en ulteriores años.

PEDRO CABELLO,

Registrador de la Propiedad.

*El "Versari in re illicita" en la doctrina y en el Código penal. Solución suareciana.*—Julián Pereda, S. I.—Instituto Editorial Reus, 1948.

Suele afirmarse que sin culpa no puede haber pena, principio subjetivo-espiritualista del Derecho canónico, admitido en el Derecho romano, en contra del principio objetivo germano; el fundamento del delito es exclusivamente el daño, y se justifica la pena por el mero resultado.

El profesor de Derecho penal de Deusto va estudiando el problema en diez capítulos, desde el primitivo Derecho canónico hasta los textos del Corpus Iuris, y desde los jurisconsultos-moralistas españoles y la doctrina de Suárez hasta la doctrina germana, para terminar con el examen del Código penal vigente (párrafo 3.º del artículo 1.º y circunstancia 8.ª de las eximentes), citando abundante bibliografía.

Para los especialistas en Derecho penal la obra es de indiscutible interés y utilidad, redactada en excelente prosa y muy sistematizada, y para los profanos su lectura es un descanso y un desfile de nombres gloriosos españoles que incitan a la curiosidad y obligan a terminar el libro antes de darse cuenta de que puede existir pereza en leerle.

*El pastoreo abusivo.* (Faltas de los artículos 592, 593 y 594 del Código penal vigente.) Jurisprudencia, algunas cuestiones y su resolución.—Enrique Nin de Cardona y Jiménez, Juez comarcal. Prólogo de Federico Puig Peña.—Instituto Editorial Reus, 1948.

Tanto el prólogo como la confesión expresa del autor se fijan en las "pequeñas grandes cosas" y en los hechos "de escasa trascendencia", para venir en consecuencia de que no hay nada de eso, puesto que se trata de algo muy difundido, de graves consecuencias materiales, morales y sociales que aprecian los Jueces competentes en concreto y que les obligan a un cuidadoso estudio de los antecedentes, hechos, motivos, intenciones, etc. A procurar una orientación y a facilitar las soluciones atiende este folleto. Y siempre son dignos de loa los esfuerzos encaminados a la uniformidad en las decisiones judiciales, sobre todo cuando el campo de acción está muy diseminado y son numerosos los sujetos activos.